



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO

DA PRODUÇÃO DE CULPADOS À PRODUÇÃO DE CONSENSO: QUE TIPO DE JUSTIÇA A MEDIAÇÃO PODE ENTREGAR?

EMERSON SILVA BARBOSA

Brasília
2019

EMERSON SILVA BARBOSA

DA PRODUÇÃO DE CULPADOS À PRODUÇÃO DE CONSENSO: QUE TIPO DE JUSTIÇA A MEDIAÇÃO PODE ENTREGAR?

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília, como exigência parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito, sob a orientação do Prof. Dr. Luís Roberto Cardoso de Oliveira.

Aprovada em 20/03/2019.

Banca examinadora:

Dr. Luís Roberto Cardoso de Oliveira
Universidade de Brasília

Dra. Cláudia Rosana Roesler
Universidade de Brasília

Dr. Roberto Kant de Lima
Universidade Federal Fluminense

Dr. Roberto Freitas Filho
Centro Universitário de Brasília

Brasília
2019

Aos meus filhos e esposa.

Agradecimentos

Gostaria de agradecer a todos que de alguma forma contribuíram para a realização de desse trabalho. Em primeiro lugar, agradeço à Universidade de Brasília, representada pelo seu excelente corpo docente e funcionários dedicados, por todo apoio na realização do doutorado.

Agradeço, ainda, de maneira especial, ao meu orientador, o professor Luís Roberto Cardoso de Oliveira, por todo apoio durante o doutorado. Sou grato também por ter me ajudado a amadurecer minhas ideias, pelos apontamentos e sugestões e, principalmente, pela generosidade com que compartilha seu conhecimento. Não de maneira normativa ou impositiva, mas se sempre de maneira a apontar um ponto de vista diferente e, muitas vezes, melhor que o meu.

Quero também fazer um agradecimento especial à professora Cláudia Roesler, que me permite acompanhá-la há muito tempo, desde as primeiras aulas do mestrado como seu aluno e também como monitor da disciplina de Introdução ao Estudo do Direito. Agradeço as suas contribuições feitas no exame de qualificação e também na banca de defesa da tese, que foram muito importantes para construção e aprimoramento do trabalho.

Quero agradecer também ao professor Roberto Kant de Lima por suas lúcidas e sempre provocativas ponderações durante a banca de defesa.

Agradeço também ao professor Alexandre Bernardino pela recomendação (fundamental) de tentar comunicar o direito de forma mais simples possível, mais próximo do que ele é “achado” na rua. O que nem sempre é fácil.

Por fim, quero agradecer também ao professor Roberto Freitas Filho por suas críticas construtivas durante a defesa que me levaram a refletir sobre minhas conclusões no trabalho e que me desafiaram a refinar minhas ideias no futuro.

A todos, meus sinceros agradecimentos!

Se alguém pisa na minha mão acidentalmente, enquanto tenta de me ajudar, a dor não deve ser menos aguda do que se pisasse num ato de desconsideração ostensiva à minha existência, ou com um desejo malévolo de me agredir. Mas deverei normalmente sentir, no segundo caso, um tipo e um grau de ressentimento que não sentiria no primeiro (...).

Peter Strawson (2008, p.5).

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo compreender e discutir as diferentes perspectivas de justiça que envolvem a justiça restaurativa enquanto uma forma ou modelo (alternativo) de administração de conflitos. A justiça restaurativa, como uma ferramenta institucional (alternativa) de administração de conflitos, pretende possibilitar que as partes envolvidas em uma disputa resolvam o problema a partir de mecanismos de entendimento discursivo que fomentem ações de colaboração ou cooperação eficiente. Para tanto, a justiça restaurativa adota o procedimento de mediação, que em lugar de buscar a verdade e de incentivar o dissenso, incentiva ou busca a construção de soluções para conflito por meio do consenso. Contudo, a meu ver, a cooperação ou colaboração somente ocorrerá se o procedimento institucional for capaz de assegurar, de um lado, confiança e legitimidade; e, de outro, o despertar de emoções morais como culpa, remorso, empatia e perdão que motivem a reconhecer a capacidade e legitimidade do outro e a atuar em favor dele. Para isso, o procedimento precisa ser estruturado de modo a permitir a articulação profícua de diferentes perspectivas de justiça como equidade na interação, que assegure tanto a qualidade do tratamento institucional e o controle do processo e do resultado pelas partes, como a qualidade da interação interpessoal entre sujeitos morais, a fim de possibilitar a construção de um resultado justo. Em resumo, a cooperação efetiva demanda a promoção da justiça em uma perspectiva integral.

Palavras-Chave: equidade; mediação; justiça restaurativa; conflito.

ABSTRACT

The present work aims to understand and discuss the different perspectives of justice that involve restorative justice as an (alternative) form or model of conflict management. Restorative justice, as an institutional (alternative) conflict management tool, seeks to enable the parties involved in a dispute to solve the problem from discursive mechanisms of understanding that incentive actions of efficient collaboration or cooperation. To this end, restorative justice adopts the mediation procedure, which, instead of seeking the truth and encouraging dissent, encourages or seeks the construction of solutions to conflict through consensus. However, in my opinion, cooperation or collaboration will only occur if the institutional procedure is capable of ensuring, on the one hand, trust and legitimacy; and, on the other, the awakening of moral emotions, such as guilt, remorse, empathy, and forgiveness to motivate the people to act on behalf to others. For this, the procedure needs to be structured in such a way as to allow the profitable articulation of different perspectives of justice as fairness in the interaction, ensuring both the quality of institutional treatment and the control of process and outcome by the parties, as well as the quality of interpersonal interaction between moral subjects, in order to enable the construction of a fair result. In short, effective cooperation demands the promotion of justice in an integral perspective.

Keywords: fairness; mediation; restorative justice; conflict.

SUMÁRIO

SUMÁRIO	7
INTRODUÇÃO	10
1 ENTRE RETRIBUIÇÕES E RESTAURAÇÕES: DOS ACORDOS COERCITIVOS	42
ÀS MEDIAÇÕES RESTAURATIVAS	42
1.1 JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS: UMA TENTATIVA (FRUSTRADA) DE NEGOCIAÇÃO PENAL	44
1.1.1 Da ressignificação dos conflitos	47
1.1.2 Da dissociação entre o dano e a reparação	48
1.1.3 Negociação penal ou acordos coercitivos	50
1.1.4 JECRIM: uma tentativa frustrada de consenso	53
1.2 POR UM MODELO RESTAURATIVO DE JUSTIÇA	56
1.2.1 Das concepções de justiça restaurativa	59
1.2.2 Um modelo diferenciado de justiça?	63
1.2.3 Da superação da via de mão única ou mais do mesmo?	68
1.3 TREINANDO O OLHAR: FORMAÇÃO COMO MEDIADOR	75
1.3.1 Fluxo de justiça na mediação	80
1.3.2 Eixos de análise do processo de mediação	82
1.3.3 O iceberg e as diferentes dimensões do conflito	91
1.3.4 Da arquibancada para o campo	93
1.3.5 Processos construtivos ou destrutivos de resolução de conflitos	96
1.3.6 Da qualidade do programa autocompositivo	106
1.3.7 Ferramentas do mediador	108
1.3.8 Da qualidade pessoal do mediador	111
1.3.9 A preparação para a sessão de mediação	114
1.3.9.1 Início da sessão de mediação	117
1.3.9.2 Reunião de informações	121
1.3.9.3 Controle do tempo	123
1.3.9.4 A estética e o ambiente emocional	125
2.1 CAMPO DE PESQUISA: CEJURES-PLA	129
2.1.1 Situações problemáticas a cargo do CEJURES	136

2.1.2 Do novo tempo da mediação	140
2.1.3 “Eu não li os autos”	141
2.1.4 Das dimensões temáticas ou categorias discursivas da mediação penal	143
2.1.5 Do reduzir a termo: os acordos de bem viver na mediação penal	151
2.1.6 Caso batizado	157
2.2 A OBSERVAÇÃO DAS AUDIÊNCIAS	158
2.2.1 Quando o mais é menos: uma palavra mal colocada põe tudo a perder	159
2.2.2 Buzina tira juízo	162
2.2.3 Novela mexicana	167
2.2.4 Tomando as dores	172
2.2.5 Déjà vu	178
2.2.6 “Vai, bonito. Tô filmando. Vai fazer o que agora?”	183
2.2.7 Rolo, rolo e mais rolo	190
2.2.8 Não invente um inventário	195
3 MEDIAÇÃO RESTAURATIVA: LINGUAGEM, DISCURSO E DIREITO	200
3.1 DAS REGRAS E CONDIÇÕES DO DISCURSO NA MEDIAÇÃO	201
3.2 RETÓRICA: A ESTRUTURA TÓPICA DA DISCUSSÃO NA MEDIAÇÃO	204
3.3 MODELO DECISÓRIO DA MEDIAÇÃO	208
3.4 DA LINGUAGEM E DO USO DA EMOÇÃO NO DISCURSO	210
3.5 O MANEJO DO DIREITO E O USO DO ARGUMENTO NA MEDIAÇÃO	214
3.6 DA RECONSTRUÇÃO NORMATIVA DO FATO	218
3.7 RECONTEXTUALIZAÇÃO SIMBÓLICA E AS LIMITAÇÕES EPISTEMOLÓGICAS	221
3.8 UM POUCO DE DISCRICIONARIEDADE NA JUSTIÇA	224
3.9 DA TRADUÇÃO DO CONFLITO NA MEDIAÇÃO	228
3.10 COMUNICAÇÃO DEFICIENTE NO DEBATE DA MEDIAÇÃO	238
4 LIBERDADE, IGUALDADE E RECIPROCIDADE: JUSTIÇA E EQUIDADE NA MEDIAÇÃO RESTAURATIVA	246
4.1 OS ELEMENTOS DA JUSTIÇA: LIBERDADE, IGUALDADE E RECIPROCIDADE	251
4.1.1 Justiça e igualdade	253
4.1.2 Justiça e autonomia	258

4.1.2.1 <i>Autonomia: da moralidade à eticidade</i>	261
4.1.2.2 <i>Autonomia, informação e decisão racional</i>	263
4.1.2.3 <i>Autonomia, equidade e discricionariedade</i>	266
4.1.3 Justiça e reciprocidade	267
4.1.3.1 <i>Percepções de justiça e reciprocidade</i>	271
4.1.3.2 <i>Reciprocidade ou complementariedade?</i>	273
4.2 DO RACIONAL E DO RAZOÁVEL	277
4.2.1 O razoável como filtro do direito	280
4.2.2 Responsabilização moral e compromissos futuros	284
4.2.3 Razoabilidade e universalização limitada	287
5 AS TRÊS DIMENSÕES DA JUSTIÇA: O QUE É A JUSTIÇA, AFINAL?	292
5.1 JUSTIÇA PROCEDIMENTAL	294
5.1.1 Qualidade da decisão: querer diferente de poder	296
5.1.2 Justiça procedimental pura ou imperfeita?	298
5.1.3 Da justiça distributiva ou resultado	303
5.1.4 Justiça interacional	309
5.2 POR QUE AS PESSOAS COOPERAM?	313
5.2.1 Outras formas de motivar a cooperação	316
5.2.2 Motivação: agir moral e agir racional	320
5.2.3 Equilíbrio moral, reciprocidade e cooperação	324
5.3 CONSIDERAÇÕES ADICIONAIS: SOLIDARIEDADE vs. JUSTIÇA	331
CONSIDERAÇÕES FINAIS	343
REFERÊNCIAS	369

INTRODUÇÃO

O termo conflito representa certamente um desafio conceitual. A elasticidade da expressão se estende desde pequenas desavenças humanas, conflitos conjugais e familiares, a guerras mundiais. Conflitos podem surgir a partir de atos supostos ou reais, de pretensões conflitantes sobre algum bem desejado, de compreensões equivocadas sobre interesses ou sentimentos manifestados de forma direta (diálogo) ou indireta (por ouvir dizer). Conflitos existem em todo lugar e cada sociedade busca o meio que entende mais eficaz e também mais equânime para lidar com eles.

Nesse sentido, os métodos de resolução de disputas podem assumir diferentes formas, desde um diálogo racional, orientado ou não por um terceiro desinteressado, até um combate violento e fatal. Desde duelos musicais e feitiçaria, a debates e mediação, até a terapia de autoconhecimento e a intervenção de cortes profissionais especializadas e hierarquizadas (CHASE, 2014).

A cultura, as crenças e valores compartilhados e a vida econômica têm um papel essencial em como as sociedades aprovam ou formalizam seus meios de resolução de conflitos (ROSEN, 1941; DARLEY et al., 2003). Por isso, considero que uma das melhores formas de se compreender como uma determinada sociedade lida com seus conflitos é explorar como as representações funcionais e culturais sobre os sistemas de administração de conflitos se interpenetram, ou seja, as práticas de resolução de conflitos serão mais bem entendidas se se observar como elas operam simbólica e funcionalmente (CHASE, 2014; AUERBACH, 1984)¹.

É bastante significativa do ponto de vista cultural a escolha feita pelos conflitantes entre ignorar suas diferenças, negociar, submeter o conflito a uma mediação ou apresentar o litígio em juízo². Ela pode explicar, por exemplo, por que formas violentas são rejeitadas ou admitidas, ainda que veladamente, como situações

¹ A ideia de que a justiça restaurativa não um tipo de justiça, mas um mecanismo que está relacionado com o procedimento, as práticas, atividades e medidas aplicadas durante o processo de administração de conflitos (DALY, 2016) conduz a que boa parte do foco deste trabalho esteja justamente sobre a observação das práticas e funcionamento real dos mecanismos de mediação institucional.

² A cultura consiste em um conjunto de significados, conceitos e esquemas interpretativos construídos e acionados por meio da participação em instituições sociais normativas e práticas rotineiras. A resolução de disputas é uma dessas práticas rotineiras. Assim, os processos de resolução de disputas exercem um papel essencial no processo de manutenção e reconstrução das práticas e normas sociais, sobretudo no que diz respeito à autoridade e à epistemologia (CHASE, 2014; ROSEN, 1941).

de aplicação de coerção direta por instituições públicas (como as polícias, por exemplo) ou como os arranjos sociais favorecem o aparecimento e a predominância da intervenção de estruturas especializadas e profissionalizadas em que se confere a terceiros investidos de autoridade a tarefa de mediar, arbitrar ou decidir disputas (CHASE, 2014)³.

Um outro fator cultural que orienta as diferentes formas de resolução de conflitos em uma determinada sociedade é a importância que dá à preservação dos relacionamentos⁴. Sociedades competitivas e de pessoas estranhas entre si costumam associar a repulsa a formas litigiosas de resolução de conflitos, marcadas pelo dissenso ou por relações de antagonismo expressadas no litígio perante as cortes judiciais, a um tipo de comportamento desviante. Já as sociedades que preferem preservar os vínculos e os relacionamentos entendem que a participação em um litígio é algo incabível e contraproducente para seus padrões de interação comunitária. Manter a questão longe dos tribunais é a melhor forma de preservar a relação (AUERBACH, 1984), uma vez que quanto maior a proximidade ou a prioridade de manter o vínculo, maiores são as chances de acontecer o perdão e a reconciliação entre os conflitantes (EXLINE et al., 2012).

Algo que também influencia a disposição das pessoas em dirigir ou não suas disputas para um campo institucional de administração de conflitos⁵ é a forma como as instituições se organizam para prestar justiça. Quanto maior a facilidade de acesso aos meios institucionais de resolução de conflitos e a ênfase que as instituições oficiais dão a determinado tipo de procedimento, maiores são chances de que boa parte das disputas sejam canalizadas para referida instituição (SANTOS, 1988; CAPPELLETTI; BARTH, 1988).

³ A cultura é uma importante variável explicativa de como determinada sociedade organiza seus métodos de resolução de disputas. Nesse sentido, Chase (2014, p. 27) afirma que "(...) a metafísica, os valores, os símbolos e a hierarquia social de qualquer coletividade determinarão os limites dentro dos quais ela organizará suas instituições de resolução de conflitos". Ela também explica a obsessão pela punição como forma de satisfação da procura por justiça (ACORN, 2004).

⁴ Essa preocupação está diretamente relacionada ao fato de que o tipo de mecanismo de resolução de conflitos escolhido pode comprometer em maior ou menor extensão uma relação transitória ou permanente entre pessoas e indicar se elas estão dispostas a evitar, encorajar ou resolver o conflito de forma amigável ou por meio do embate (AUERBACH, 1984).

⁵ Santos *et al.* (1995) utilizam o conceito de cultura jurídica para explicar a propensão ou não à litigação. Para eles, a cultura jurídica determina as atitudes do cidadão em relação aos direitos e aos tribunais, bem como influencia a disposição de alguém em acionar ou não a justiça. A ampliação do acesso aos tribunais e do cobertor da proteção jurídica, como expressões da cidadania, é certamente um fenômeno que tem encorajado o aumento da litigiosidade.

Souza Santos et al. (1995) usam a metáfora geométrica da pirâmide para ilustrar o fluxo de conflitos desde sua identificação (percepção, interpretação e intencionalidade de oficializá-los) até seu real processamento pelas instâncias de justiça. Na base da pirâmide estariam os potenciais conflitos e seu entorno, em que tem lugar as situações de litigiosidade latente que, mesmo sendo *jurisdicizáveis* (colocadas sob a luz do direito e das instituições), permanecem à margem da atuação oficial. Para que esses conflitos ganhem contornos oficiais referidos autores sugerem uma série de fatores que condicionam a litigiosidade. Entre eles, fatores sociais (sexo, classe social, idade), pessoais (características da personalidade) e interpessoais (tipo de relacionamento entre os atores envolvidos) que influenciariam a decisão de alguém de transformar uma agressão a direitos em conflito institucionalizado.

Isso ocorre porque, a despeito da possibilidade de os órgãos judiciais adotarem diferentes processos ou formas de administrar conflitos, a pertinência e a adesão a cada um é influenciada por inúmeros fatores, entre eles o grau de conformidade e legitimidade (consentimento e cooperação) que cada um alcança na prática judiciária (MCWEN; MAIMAN, 1984; TYLER, 2003).

Contudo, o principal fator que determina qual tipo de procedimento de resolução de disputa irá predominar é o poder, isto é, a preferência por um ou outro tipo de mecanismo de resolução de disputas depende fortemente do resultado do jogo de poder institucional, que ocorre dentro e fora dos muros das instituições de justiça. O poder tem influência direta em como os métodos de resolução de disputas são instituídos, empregados ou reformados (SANTOS, 1988).

Em outro lugar já tive a oportunidade de verificar que a percepção ou compreensão do conflito e a relevância que é dada a ele pelas instituições penais define substancialmente o tipo de tratamento que o conflito pode ter (BARBOSA, 2014). Os registros, as classificações e o processamento ou não de um determinado tipo de conflito são fruto das disputas experimentadas, sobretudo, dentro do próprio campo institucional, enquanto espaço público em que as relações de força se desenvolvem e em que são promovidas as lutas pelo direito de dizer o direito (SINHORETTO, 2007; 2010)⁶.

⁶ A distinção entre esfera pública e espaço público que utilizo aqui é emprestada de Cardoso de Oliveira (2011) e suas considerações a respeito de como a frequente desarticulação das duas esferas tem impactos negativos em relação à articulação entre direitos e o exercício da cidadania na vida cotidiana. Assim, a esfera pública deve ser tomada “como o universo discursivo onde normas, projetos e concepções de mundo são publicizados e estão sujeitas ao exame e debate

Assim, no plano externo, a definição sobre qual a melhor forma de resolver um determinado conflito depende de negociações na esfera pública ou no âmbito deliberativo de elaboração das leis e criação de procedimentos. Já no plano interno, os atores institucionais e o público negociam e gerenciaram a partir da lei ou às margens dela o sentido que entendem mais adequado a ser dado ao conflito.

Embora em todas as sociedades existam uma pluralidade de mecanismos de resolução de disputas e a experiência ordinária indique que o direito e as instituições legais podem apenas realizar um grau de controle intencional da sociedade, maior algumas vezes e menor em outras, ou mais em relação a algumas questões do que outras (MOORE, 1978)⁷, as instituições de justiça assumem o papel central de resolver os conflitos interpessoais e de promover a paz por meio da imposição de soluções jurídicas⁸.

O direito e as instituições são uma construção social e cultural que expressam um conjunto de valores e crenças que idealmente condicionam (ou pretendem condicionar) tanto as elites profissionais na escolha dos métodos de obtenção da verdade e na definição das normas válidas aplicáveis ao caso (CHASE, 2014), como também a aceitação da legitimidade⁹ do procedimento por aqueles sujeitos a ele (LUHMANN, 1980)¹⁰.

Sob esse prisma, o processo judicial criminal é visto funcionalmente como um meio adequado de obtenção da verdade sobre uma controvérsia e, com isso, como a melhor forma de se escolher a versão correta sobre os fatos. Do ponto de vista

público”; e, o espaço público, “como o campo de relações situadas fora do contexto doméstico ou da intimidade onde as interações sociais efetivamente têm lugar” (ibidem, p. 24 e 166).

⁷ Nesse sentido, ver a discussão de Moore (1978) sobre as múltiplas fontes de regulamentação (*reglementary processes*).

⁸ Contudo, é preciso se ter em conta que não há sociedades em que todos os conflitos tenham uma solução, nem que as soluções de disputas dependam da via institucional em todos os casos, especialmente em situações em que for previsível que a intervenção do aparato estatal possa agravar-lhes as consequências. Há, ainda, conflitos que podem não ter uma solução viável ou culturalmente aceitável e que, mesmo assim, requeiram uma solução formal (ZAFFARONI et al., 2006). O uso político do medo e da insegurança favorece estratégias de manutenção ou ampliação do poder, que requer uma intervenção pública confiscatória da autotutela privada, não obstante seja preciso reconhecer que o Estado nunca é a única fonte de direito nem o único responsável pela administração de conflitos (MOORE, 1978).

⁹ Legitimidade é aqui entendida como uma propriedade ou qualidade que caracteriza regras, autoridades e instituições que levam os outros a se sentirem obrigados a respeitá-las e obedecê-las voluntariamente (TYLER, 2003).

¹⁰ Essa forma de agir está diretamente relacionada ao processo racionalização da organização social proposta por Weber, em que não analisa valores, significados ou crenças e, consequentemente, não se busca responder questões como “Isso é verdade?” ou “Isso é bom?”, mas questões como “Isso funciona?”; “Isso é capaz de atingir seus propósitos?”. O resultado disso é a ênfase excessiva na proceduralização da ação social organizada, sustentada em regras legais que miram a eficiência (econômica) (VAN LEEUWEN, 2008, p. 3).

simbólico, o processo judicial representa um ideal de justiça igualitário, em que um terceiro imparcial dotado de conhecimento especializado decidirá quem tem razão por meio de um procedimento cercado de garantias e previsibilidade. É esse processo, centralizado nas mãos do Estado, que dá sustentação à elaboração de um modelo hegemônico de justiça¹¹ que subtrai a resolução dos conflitos das mãos dos cidadãos, sob a promessa de uma aplicação técnica, imparcial e justa da lei¹².

Como uma profissão de fé, o magistrado acredita que faz justiça a partir da lei e que consegue se despir, no processo de decisão, de sua carga pessoal e ideológica, por meio da valorização de argumentos (ou opiniões) apoiados na jurisprudência ou regras pré-existentes (CHASE, 2014). E quando as pessoas sentem que a autoridade está exercendo sua autoridade de maneira justa¹³, ou seja, que suas decisões são fruto de uma análise minuciosa dos fatos e da lei, elas tendem a acreditar que há menos chances de que ações/decisões sejam guiadas ou formuladas a partir de estereótipos ou preconceitos (TYLER, 2003).

Essa definição é formal justamente porque antecipa as categorias jurídicas abstratas do direito que são reputadas como essenciais para a aplicação da justiça, de modo que haveria um impedimento para julgador apelar para considerações morais no momento da aplicação da regra. O critério estabelecido pela norma (que é a jurídica e não a moral) resulta no fato de que o magistrado está adstrito à lei e não à sua a

¹¹ O movimento de publicização da ação e dos delitos pretendeu substituir as formas particulares supostamente violentas de resolução de disputas por formas institucionais¹¹, como fruto de um processo de apropriação do conflito pelo Estado (FOUCAULT, 2009; CHRISTIE, 1977; BARBOSA, 2014). Com isso, foram reservados ao ente público os poderes de perseguir (investigar, acusar e julgar) em nome dos interesses de todos e as ofensas simplesmente não podiam mais ser combatidas, negociadas ou esquecidas de forma privada (SBRICCOLI, 2004), sem a intervenção do Estado.

¹² A publicização dos bens jurídicos tornou-se a fonte de autoridade do poder de perseguir (BARBOSA, 2014). Ao lado de um direito de punir se instituiu uma obrigação (poder-dever) de perseguir o delito, submetida a regras e limites para aplicação da sanção. É a partir da centralização pelo Estado do poder de criar e aplicar regras que orientam comportamentos e punem transgressões que emerge, portanto, a ordem penal pública e, ao menos no âmbito daquilo que se pode denominar de nossa sensibilidade jurídica, instaura-se um modelo de justiça penal de tipo hegemônico em que o conflito não mais pertence às partes envolvidas, mas ao soberano a quem compete administrá-lo por meio da decisão sobre quem tem razão ou a quem favorece a verdade (SBRICCOLI, 2004; FOUCAULT, 2009).

¹³ A percepção de justiça está relacionada a diferentes coisas, consoante veremos neste trabalho. Além do mencionado, ela pode significar tanto a qualidade do tratamento oferecido pelo magistrado, no sentido de igual respeito e consideração ao que as pessoas têm a dizer, bem como em relação à correta distribuição de bens (materiais e simbólicos), a partir da análise e consideração dos direitos e interesses/necessidades relacionados ao conflito, que estão diretamente ligados às dimensões da justiça procedimental e do resultado.

consciência moral. O que do ponto de vista do direito¹⁴ e do processo, como instrumentos de resolução de disputas, é algo esperado e assumido como critério de legitimação e justificação da autoridade judicante.

Desse modo, no processo penal, os atores institucionais exercem a tarefa de perseguir a confirmação de suas hipóteses fáticas acerca não de um conflito concreto entre sujeitos (autor e vítima), mas de um conflito entre o indivíduo e a lei penal (GARAPON, 2001)¹⁵.

Essa concepção pública de justiça, todavia, tem inúmeros problemas. Como muito bem alertou Rawls (2002), o processo criminal é um típico exemplo de justiça procedimental imperfeita. É que mesmo que se obedeça a todas as regras procedimentais e a todos os critérios de prova supostamente adequados para se chegar à verdade sobre a culpa ou não culpa de alguém, um culpado pode ser considerado inocente e um inocente pode ser condenado indevidamente. Assim, o procedimento não assegura sempre uma decisão correta¹⁶.

Isso porque, além das dificuldades de se chegar sempre a uma decisão justa em razão das contingências, obstáculos contra epistemológicos e limites da forma jurídica, a concepção meramente formal de justiça também não é capaz de levar em conta as indeterminações da lei, as necessidades reais dos indivíduos e os critérios particulares de interpretação e aplicação da lei de cada ator institucional (BARBOSA, 2014; 2018).

Além disso, é preciso levar em conta as concepções manifestamente contraditórias de isonomia jurídica e tratamento diferenciado, que convivem harmonicamente no Brasil e são viabilizadas pela desarticulação entre a esfera pública e espaço público. Como resultado, o que se vê é o desequilíbrio entre justiça (respeito a direitos do indivíduo) e solidariedade (consideração à pessoa do interlocutor)¹⁷, de modo que o cidadão a todo o momento pode ser surpreendido com

¹⁴ A despeito da compreensão de que não há nem neutralidade axiológica no direito e, muito menos, no intérprete.

¹⁵ Não é à toa que o direito penal moderno está assentado em dois pilares: o delito e a pena. E, por isso, ignora o papel da vítima no processo a partir de categorias desindividualizadoras como o conceito de bem jurídico e a previsão de soluções não reparatórias ou dignificantes para o ofendido (BERISTAIN, 2000; 2005). Nesse sentido, ver também, ESER (1998); GARAPON (2001).

¹⁶ De forma semelhante, Luhmann (1980) sustenta que o procedimento é incapaz de garantir sempre a produção de decisões certas. A necessidade de uma decisão sempre e em todo caso, não pode garantir, em todas as ocasiões, a justiça da decisão. Em sentido contrário, no sentido da possibilidade de sempre se encontrar uma decisão correta por meio do procedimento, ver Dworkin (2010). Sobre os aspectos de justiça do ou pelo procedimento, ver especialmente capítulo 5.

¹⁷ Para uma melhor distinção entre esfera e espaço público, ver Cardoso de Oliveira (1996; 2011).

interpretação inusitada da lei por parte da autoridade responsável (CARDOSO DE OLIVEIRA, 1996; 2010b; 2011), em que a opinião é, muitas vezes, mais importante que o argumento.

Kant de Lima (1995b; 2008) chama a convivência da isonomia jurídica e do tratamento desigual como “paradoxo brasileiro”. No plano das regras enfatiza-se a importância da igualdade de direitos, contudo frequentemente no plano de aplicação nos orientamos por regras particularistas no espaço público. Isso fica claro no âmbito do processo penal brasileiro, já que embora no plano constitucional se enfatize a igualdade de todos perante a lei e o tratamento indiferenciado (isonomia jurídica), no plano infraconstitucional o funcionamento da justiça se apoia em disposições normativas que preveem um tratamento desigual das partes e uma aplicação particularizada da lei, como é o caso da prisão especial e do foro de prerrogativa de função¹⁸.

De outra sorte, a associação entre justiça e segurança como pilares legitimadores da ideologia jurídica¹⁹ e da justiça pública resulta em uma série de equívocos na formulação de processos de administração de conflitos, na medida em que todas as engrenagens do sistema de justiça criminal se explicam a partir dessas duas ideias. Do ponto de vista da justiça, o procedimento garante a aplicação correta do direito. Do ponto de vista da segurança, as instituições asseguram a aplicação imparcial da lei a todos que ofenderem a ordem jurídica (MIAILLE, 1984).

Diferentes concepções de justiça ocuparam as mentes de filósofos e estudiosos do direito ao longo da história. Desde dar a cada um as mesmas coisas (igualdade absoluta) até atribuir a cada qual a parte que lhe cabe conforme seus méritos (distributiva), suas necessidades (caridosa), posição ou status social (aristocrática) ou

¹⁸ Sobre a inquisitorialidade e seletividade das práticas de administração de conflitos, ver Barbosa (2014).

¹⁹ Há diferentes conceitos de ideologia, afora a tradicional concepção marxista de dissimulação dirigida a manutenção do poder dominante. Nessa perspectiva, Habermas (2012) requalifica o conceito de ideologia como um conhecimento pretensamente desinteressado, que serve para dissimular o interesse sob a forma de racionalidade. Há também aqueles como Dumont (2000) que tratam a ideologia a partir da noção de ideia-valor ou de cultura própria. Nesse caso, a ideologia vista como cultura, ou seja, um sistema de representações e classificações que organizam a vida social de forma racional ou compreensível. A competição entre diferentes ideologias, enquanto justificação, projeto e crença sedimentada que orienta as compreensões e ações, incorporadas ao modo de proceder das distintas instituições de justiça, comprometem a necessária previsibilidade e estabilidade que devem presidir os sistemas de significações derivados das relações sociais, consoante defendido por Weber (RICOEUR, 2011).

seu trabalho (comutativa) sempre se procurou soluções para distribuição concreta de justiça (PERELMAN, 1963)²⁰.

No plano jurídico, predomina a concepção formal de justiça. Sob essa perspectiva, ser justo é atribuir a cada qual o que lhe cabe que, em sentido jurídico, é aquilo que a lei lhe atribui. A ideia de justiça formal (abstrata), tão cara ao direito, funciona como um comando dirigido às instituições que administram a justiça e representa um princípio de ação segundo o qual os seres de uma mesma categoria essencial devem ser tratados da mesma forma. Nesse sentido, haveria injustiça apenas na aplicação distorcida das regras jurídicas de cada sistema, ou seja, em uma situação ostensiva de aplicação desigual da lei (HART, 2009) ou que não levem em conta critérios relevantes (BUCHANAN; MATHIEU, 1986).

Essa ideia de justiça, representada em termos formais e distributivos na famosa e conhecida expressão *dar a cada um o que lhe é devido conforme o direito estabelece*, está fortemente relacionada às condições necessárias para correta compensação e distribuição de bens e direitos²¹. Contudo, a fórmula larga e generosa acima mencionada de pronto suscita uma dúvida: quem decidirá essa distribuição ou compensação, se não há propriamente uma definição do que seja uma compensação ou distribuição justa de bens, salvo aquelas disciplinadas pelo próprio direito (HART, 2009; MIAILLE, 1984).

A liberdade em decidir o que é justo ou injusto em determinada situação poderia resultar em graves e violentos conflitos. Alguém que se sentisse prejudicado em seus direitos poderia fazer justiça com as próprias mãos. Por isso, entra em cena o segundo pilar da ideologia jurídica: a segurança. Para se evitar a violência e possibilitar o atendimento do interesse social, garantir a ordem e paz comunitária, são necessários aparatos capazes de aplicar a lei de forma igual a todos (MIAILLE, 1984).

Essa concepção formal de justiça nos remete à necessidade de atribuir a uma terceira parte desinteressada o poder de promover a justa compensação ou distribuição de bens por meio de um procedimento sujeito a regras, que demandam o

²⁰ Todas essas concepções de justiça estão ligadas diretamente à questão da igualdade, sendo a primeira a concepção a que representaria uma ideia de justiça perfeita. As demais variações seriam concepções imperfeitas de justiça, na medida em que adotam diferentes critérios de igualdade (PERELMAN, 1963). Ressalta-se que essas concepções não dão conta da amplitude do campo semântico da ideia de igualdade, sobretudo quando relacionada a estruturação de condições para o reconhecimento de direitos em uma perspectiva relacional.

²¹ Em termos penais, esse tipo de justiça corretiva está preocupado com uma compensação material ou simbólica, que é insuficiente no plano da reparação entre envolvidos (CARDOSO DE OLIVEIRA, 2010; 2011; 2013).

acionamento de critérios de justiça definidos na lei ou por considerações de bem eleitas pelo próprio julgador. Nesse sentido, a legitimidade do procedimento de administração de conflitos é medida pela percepção de sua eficácia para resolver os conflitos²² (LUHMANN, 1980).

Essa concepção estática (e distorcida) de justiça frequentemente ignora o contexto situacional específico do conflito e a necessidade de tratamento da demanda a partir de diferentes dimensões contextuais²³ que não apenas a dimensão normativa-legal (CARDOSO DE OLIVEIRA, 2008; 2010)²⁴. Como consequência, as autoridades legais são frequentemente levadas a decidir disputas de modo que as pessoas receberão resultados que são menos do que elas queriam ou menos do que acham que de fato merecem (TYLER, 2003)²⁵.

Mas não só isso. No caso brasileiro, o uso de procedimentos inquisitoriais na administração de justiça está associado a uma sociedade com desigualdades substantivas e o convívio de éticas igualitárias contraditórias que se alternam. De um lado, o discurso oficial respaldado pela lei prevê a igualdade de direitos; de outro, o que se observa é a distribuição de privilégios ou tratamentos diferenciados (KANT DE LIMA, 1995b; 2008), mesmo que signifiquem na prática uma espécie de “seletividade do bem” ou um arranjo informal que permita ajustes na rigidez das regras jurídicas (BARBOSA, 2014, p. 164)

²² Assim, em sentido contrário, a impunidade derivada da ineficiência estatal, corrupção ou seletividade colocam à ameaça estatal de coerção como meio legítimo de obter obediência à lei (VIEIRA, 2007). A ideia de que a impunidade ou a falta de certeza na punição tem impacto significativo sobre a prevenção do crime foi construída já no início do chamado período liberal do direito penal. Nesse sentido, ver Beccaria (2003).

²³ De forma explicativa, as dimensões contextuais que nos propõe Cardoso de Oliveira (1989; 1995; 2010) são: “(1) a dimensão do contexto cultural abrangente, que se refere ao universo simbólico mais amplo onde o conflito tem lugar; (2) a dimensão situacional do contexto, que se refere aos padrões de aplicação normativa associados a situações típico-ideais (por exemplo, definição de certo tipo de furto e que pena se aplicaria a ele); e, (3) a dimensão contextual do caso específico, que analisa até que ponto o processo em tela pode ser adequadamente compreendido como um bom exemplo da situação típico-ideal a partir da qual ele estaria sendo enquadrado (Cardoso de Oliveira, 1989, pp. 185-186)”.

²⁴ Assim, aparentemente a medida simbólica de exaltar a igualdade jurídica no plano formal para obter cooperação, mesmo sem compelir os agentes estatais a respeitar as obrigações correlatas de tratamento igualitário no espaço público, tem funcionado (VIEIRA, 2007). A legitimidade do discurso jurídico, portanto, está diretamente atrelada à eficácia simbólica das instituições jurídicas de ocultar o caráter mais ou menos arbitrário ou confiscatório que orienta seu funcionamento (BOURDIEU, 2012) ou os verdadeiros objetivos que expressam os interesses e sentimentos da autoridade (TAVARES, 2013).

²⁵ No sentido dado por Hespanha (2003) de um modelo de organização das percepções ou da realidade, ou seja, algo que conota uma capacidade criadora, estruturante na modelagem do conhecimento.

O exercício de uma função compensatória pelo Estado na promoção da justiça oficial pressupõe, nesse sentido, um saber particularizado capaz de produzir verdades que dotarão as autoridades e funcionários públicos de poder e legitimidade para administrar os conflitos (KANT DE LIMA, 2008; 2010). O juiz incorpora o interesse público no exercício da função de decidir e pretende transformar a sua verdade na justiça (BAPTISTA, 2013).

É essa fusão entre o saber privilegiado (conhecimento superior às partes) e o poder inquisitório (de gerir a produção de informações) para resolver os conflitos que, no caso brasileiro, dará condições à autoridade judiciária — supostamente desinteressada e imparcial —, de substituir os interesses dos hipossuficientes, ou seja, daqueles cidadãos que não conhecem seus direitos ou não tem meios de exercitá-los, atribuindo-se o papel de decifrar oficialmente a melhor solução jurídica para o caso (KANT DE LIMA, 2010; BAPTISTA, 2013)²⁶.

Uma outra crítica importante a esse modelo de justiça procedimental é a capacidade de um terceiro imparcial, investido de autoridade e conhecimento especializado, de aplicar as regras sem levar em conta suas percepções pessoais e idiossincrasias que denotam a ausência de critérios compartilhados para definir os casos e soluções. Nem todo direito aplicável é invocado e nem todos os fatos aduzidos são considerados da decisão, mas apenas aqueles mais relevantes ou significativos levados em conta para formação do convencimento do julgador e, em alguma medida, para tornar clara a justificação do conteúdo decidido (MENDES, 2008). Por detrás de um discurso universalista e igualitário, próprio de um modelo positivista do direito, funciona, assim, com frequência, uma realidade subterrânea sustentada em limitações do próprio direito, deficiências das instituições, além de um estoque de conhecimentos, interesses, percepções e interpretações do problema pelo aplicador que promovem uma aplicação seletiva e inquisitorial da lei, com fortes tendências a existência de déficits de cidadania na resposta institucional (CARDOSO DE OLIVEIRA, 2011)²⁷.

²⁶ De igual forma, a lógica contraditória, que incentiva um dissenso infinito ou a competição entre indícios e versões sobre os mesmos fatos e subtrai a decisão às partes envolvidas, conferindo-lhe a uma autoridade pública, detentora de um saber particularizado e com poderes para acessá-lo quando necessário, sustenta um modelo jurídico confiscatório da autonomia individual e inviabilizador de formas de resolução consensual dos conflitos (KANT DE LIMA, 2010).

²⁷ Ao contrário, o que se vê é o emprego de critérios particularizados de tolerância para com determinadas atitudes ou, ainda, de selecionar o que mais interessa a quem compete decidir o que deve ser investigado ou processado (KANT DE LIMA, 1995a; 2008; 2010)

Não raro o juiz se utiliza de premissas ocultas ou critérios particulares para justificar sua decisão camuflados em uma linguagem técnico-jurídica que pretensamente emprestaria autoridade ao seu argumento. O que é auto evidente não precisa ser explicitado. O conteúdo jurídico aparece no processo de decisão judicial na maior parte como alusões, às vezes repletas de informações sobre a realidade social, mas às vezes também reduzidas a princípios gerais de baixa densidade semântica, aos quais podem ser preenchidos com sentimentos inexpressáveis e ideologias (SOBOTA, 1991).

Como resultado, no que diz respeito à garantia de igualdade das partes, essa fórmula de justiça procedimental não dá conta de superar as assimetrias e desigualdades formais (prerrogativas, poderes) e materiais (recursos financeiros, prestígio) no processo penal e nas práticas de administração de justiça (KANT DE LIMA, 1995b; 2010), nem das desigualdades de tratamento (adoção de privilégios), que abundam no judiciário e nosso mundo cívico mal conformado, em que as decisões das autoridades aparecem como arbitrárias para os cidadãos (CARDOSO DE OLIVEIRA, 2013a).

Além disso, referido modelo é incapaz de atender de forma satisfatória as demandas de reconhecimento por parte de quem aciona ou é acionado pela justiça pública²⁸. Tanto do ponto de vista institucional, no sentido de reconhecer o ponto de vista das partes e levar em consideração seus direitos, sentimentos e interesses, como também no sentido de possibilitar um ambiente de reconhecimento recíproco entre os atores envolvidos no conflito.

De tudo que foi dito até aqui é preciso reconhecer que a sociedade, por meio de suas instituições, não representa integralmente os interesses do indivíduo em

²⁸ Cardoso de Oliveira (2004, p. 6) propõe três dimensões temáticas constitutivas das causas ou conflitos judicializados: “(1) a dimensão dos direitos, vigentes na sociedade ou comunidade em questão, por meio da qual é feita uma avaliação da correção normativa do comportamento das partes no processo em tela; (2) a dimensão dos interesses, por meio da qual o judiciário faz uma avaliação dos danos materiais provocados pelo desrespeito a direitos e atribui um valor monetário como indenização à parte prejudicada, ou estabelece uma pena como forma de reparação; e (3) a dimensão do reconhecimento, por meio da qual os litigantes querem ver seus direitos de serem tratados com respeito e consideração sancionados pelo Estado, garantindo assim o resgate da integração moral de suas identidades”. A dimensão do reconhecimento nos remete diretamente a um direito de cidadania, associado a concepções de dignidade e de igualdade no mundo cívico, que não encontra respaldo específico em nossos tribunais. O reconhecimento seria um aspecto que melhor expressaria a dimensão moral dos direitos, e as demandas a ele associadas traduzem uma insatisfação acentuada com a qualidade do elo ou relação entre as partes, experimentada como uma imposição do agressor e sofrida como um ato de desonra ou de humilhação pelo ofendido (idem, 2010, p. 461).

concreto e que mesmo um procedimento preocupado com a produção de justiça pode conviver com disfunções e injustiças.

Os movimentos chamados de “informalização da justiça”, “deslegalização”, “justiça comunitária”, “resolução de conflitos” e “processamento de litígios” (SANTOS, 1982, p. 19) ou “justiça reconstrutiva” (GARAPON, 2001, p. 326) tem buscado reformas no sistema de administração de justiça dos Estados como forma de reduzir os gastos públicos provocados pela institucionalização crescente dos conflitos, por meio da diminuição da burocratização e do emprego da violência (coerção), além de maior abertura ao diálogo²⁹ e respeito à autonomia e igualdade das partes. Referido modelo de justiça, que se apresenta como meio de administração de conflitos reconstrutivo ou terapêutico, flexibiliza a observância estrita de normas e pleiteia soluções mais satisfatórias às partes envolvidas por meio da redução do poder de coerção, o gerenciamento de sentimentos (raiva, remorso, culpa, compaixão) e uma orientação dirigida à harmonia — não coercitiva — e ao consenso (SANTOS, 1982; MERKEL-MEADOW, 2007; ZEHR, 2008; SCHWEIGERT, 2002)³⁰.

Esse processo de comunitarização da justiça ou repartição de responsabilidades sociais objetivas tem, portanto, pleiteado suprir os déficits de tratamento com igual respeito e consideração que o ato requer próprios da justiça formal — com total indiferença aos interessados — restabelecendo o universo de obrigação recíproca suprimido pela apropriação do conflito. O incentivo à participação das partes na autogestão da vida coletiva que os mecanismos discursivos possibilitam acentua, portanto, o caráter não impositivo ou autoritário típico da dominação jurídico-política burocrática que permeia o modelo tradicional de justiça retributiva e preventiva.

Contudo, a despeito das deficiências ou insuficiências do processo judicial para lidar com as todas as dimensões do conflito e dos custos de injustiça que o processo penal carrega, a forte resistência das burocracias para não perder o espaço de poder

²⁹ Santos (1982, p. 17) cita algumas características desse modelo de processamento e resolução de conflitos: a) Ênfase em resultados mutuamente acordados, em vez de estrita obediência normativa; b) Preferência por decisões obtidas por mediação ou conciliação, em vez de decisões obtidas por adjudicação (vencedor/vencido); c) Reconhecimento da competência das partes para proteger os seus próprios interesses e conduzir a sua própria defesa num processo institucional desprofissionalizado e através de um processo conduzido em linguagem comum; d) Escolha de um não-jurista como terceira parte (ainda que com alguma experiência jurídica) eleito ou não pela comunidade ou grupo cujos litígios se pretende resolver; e) Diminuto ou quase nulo o poder de coerção que a instituição pode mobilizar em seu próprio nome.

³⁰ A busca pelo consenso ou harmonia não pode redundar, todavia, em modelos de “mediação ou conciliação repressiva” (SANTOS, 1982, p. 26).

em torno da decisão dos conflitos durante muito tempo sufocou as tentativas de implantação de formas alternativas de justiça³¹. Todo discurso de reforma que se viu até hoje no Brasil se sustenta na necessidade de ampliar o acesso à justiça (institucional) e de promoção de reformas que melhorem a eficiência do Poder Judiciário.

Reformas verdadeiras nos sistemas de administração de conflitos demandam a transformação de perspectiva, de estruturas e, principalmente, de pessoas (SCORN, 2004). Sem isso, dificilmente uma forma alternativa de justiça ganhará o espaço devido no sistema oficial de administração de conflitos. Mesmos os esforços para simplificar os procedimentos e facilitar a resolução de litígios pelos próprios particulares sempre esbarram em brados e reclamações por parte dos operadores jurídicos que querem preservar seu nicho de poder e conhecimento. A informalização é uma ameaça à tradição jurídica burocrática e formalista e ao reduto de prestígio e poder dos profissionais do direito (SANTOS, 1988), em que pese o fato de que as vantagens do devido processo legal e dos procedimentos de confrontação perante especialistas sempre tenham sido mais óbvias nos escritórios de advocacia e nos tribunais do que nas salas de espera de um fórum ou no escritório de uma empresa (AUERBACH, 1984)³².

Essa resistência não se deve somente à manutenção do poder. A forte crença de que uma decisão justa depende de uma aproximação com a verdade — no sentido de uma correspondência entre um enunciado de fato e a realidade (TARUFFO; 2010; 2011; FERRAJOLI, 2002; GASCON ABELLÁN, 2010)³³ — e de que o delito merece punição, também obstaram durante muito tempo que formas consensuais de resolução de conflitos fossem vistas como alternativas ao processo tradicional. Encorajar formas de resolução independente de conflitos é instituir uma competição contra a base de autoridade e prestígio das instituições e seus atores (ABEL, 1982)³⁴.

³¹ Em que pese o sistema de justiça tradicional seja caracterizado pela aplicação seletiva ou discricionária da lei, que desconsidera os interesses e sentimentos dos envolvidos, não se vê ganhar força reações coletivas de rechaço a esse modelo. As reformas do sistema de justiça, normalmente, são derivadas de percepções endógenas sobre a necessidade de diminuir os custos e aumentar a legitimidade das burocracias.

³² De certa forma, todavia, essa supervisão ou controle empresta a força do direito às negociações e asseguram que os processos de resolução informal de conflitos não terão menos garantias que o processo penal tradicional.

³³ Quando um juiz pede a uma testemunha que diga a verdade, não lhe pede que seja coerente ou persuasivo ou que diga o que considera útil para si ou para outros. Simplesmente lhe pede que diga o que escutou ou viu (POPPER, 2008).

³⁴ Se bem é verdade que, para alguns, a justiça restaurativa não deveria eliminar, mas incorporar a ideia de punição como principal resposta do Estado ao crime. Mais que uma *alternativa para a*

Atualmente, porém, mesmo que ainda de forma tímida, as próprias instituições judiciárias e seus membros tem se conscientizado de que mais importante que dizer quem tem razão em uma determinada disputa oficializada é pacificar o conflito³⁵. Com isso, sem abrir mão da gestão dos conflitos e revelar um cansaço com a disputa, o Poder Judiciário tem se convencido da importância de se cultivar valores autocompositivos que lancem um olhar não apenas sobre a litigiosidade reduzida a termo, mas sobre uma litigiosidade remanescente ou subjacente, frequentemente deixada de lado no processo judicial por não se tratar de uma matéria juridicamente tutelada (BRASIL, 2016).

O resultado disso é a criação de espaços autocompositivos supervisionados pelo próprio Poder Judiciário com o objetivo de ampliar o acesso à justiça, suavizar a rigidez do formalismo jurídico e reduzir a sobrecarga das instituições jurídicas. Além disso, a institucionalização de formas consensuais no âmbito das instituições de justiça pretende, ainda que não declare de forma aberta, suprimir arranjos informais realizados, sobretudo, nas delegacias de polícia (KANT DE LIMA, 1995a; 2008; BARBOSA, 2014; SOUZA, 2014; AZEVEDO, 2001) e substituí-los por formas institucionais menos formais de resolução de disputas de maneira negociada³⁶.

Não se trata propriamente de uma privatização dos conflitos ou de uma verdadeira alternativa às instituições legais oficiais. Vale ressaltar que a mediação judicial é uma atividade jurisdicional delegada, de modo que os magistrados continuam como gestores dos conflitos e, conseqüentemente, responsáveis por supervisionar o trabalho de mediadores e conciliadores³⁷. O que significa que as

punição, a justiça restaurativa deveria ser vista como uma *punição alternativa* (DALY, 2000, p. 3). Essa mesma crítica já foi feita às medidas despenalizadoras dos Juizados Especiais Criminais, consoante veremos neste trabalho.

³⁵ A opção pela pacificação dos conflitos por meio de critérios justos é uma das metas das formas institucionais de resolução de disputas, entre elas da mediação, para além da simples composição da lide ou administração do conflito (BRASIL, 2016). Vale ressaltar, todavia, que a ideia de pacificação muitas vezes limita a própria administração do conflito, na medida em que ela força consenso sem levar em conta a dimensão dos direitos (resultado equitativo) ou promove compromissos que não reparam verdadeiramente. Do ponto de vista sociológico, o correto seria falar em administrar conflitos. Isso porque a ideia de pacificação aponta sempre para um resultado aquém da administração, na medida em que não se preocupa em viabilizar a aceitação discursiva do conflito.

³⁶ Como se sabe, não é apenas o Poder Judiciário que tem adotado formas consensuais alternativas de resolução de disputas por meio de Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania. As polícias judiciárias também têm levado adiante projetos de conciliação e mediação para resolução de conflitos, como, por exemplo, o projeto dos Núcleos Especiais Criminais da Polícia Civil de São Paulo, em funcionamento desde 2009.

³⁷ A justificativa é que a realização de composições sob o controle e supervisão do órgão jurisdicional inibiriam que os arranjos informais que sujeitam as partes a uma série de riscos de decisões

formas alternativas foram absorvidas pelas instituições jurídicas (AUERBACH, 1984) como maneiras ou procedimentos menos formalizados de interação capazes de influenciar na percepção de equidade do procedimento ou no modo como são tratadas em âmbito institucional.

Nesse sentido, as práticas de consenso parecem funcionar, em alguma medida, como um ponto de inflexão diante das práticas hegemônicas de administração de conflitos da justiça penal pública brasileira, marcadas, sobretudo, por uma forte tendência inquisitorial e seletiva, em que as decisões sobre perseguir ou não a prática de um ilícito compete a quem detém o poder³⁸ (KANT DE LIMA, 1995b; 2008; BARBOSA, 2014).

Modelos de justiça reconstrutiva têm por objetivo restaurar a capacidade dos sujeitos éticos (GARAPON, 2001) ou dos sujeitos de direitos (RICOEUR, 2008a; 2008b) de tomar parte no conflito que lhe pertence concretamente e, com isso, reafirmar sua condição de vítima. Com isso, a justiça restaurativa promete algo melhor que a retribuição (ACORN, 2004). Trata-se, portanto, de um processo que reivindica o reconhecimento da identidade de parte processual ao ofendido associada à demanda pelo direito de acionamento direto da justiça pública³⁹. A colonização da vingança e o simbólico confronto do sujeito (agressor) com a lei, encenado em um processo que despreza a vítima, daria lugar, portanto, a um momento de reconhecimento por meio de uma experiência concreta de encontro e reparação (BARBOSA, 2014).

É preciso observar que um procedimento aberto ao consenso, à comunicação e a função expressiva de sentimentos morais é incompatível com a natureza excessivamente formal, conflituosa (competitiva, contraditória, interessada na verdade e na culpabilidade) e intermediada⁴⁰ do processo penal tradicional. Por isso, o processo de mediação como instrumento de realização da justiça restaurativa

coercitivas e desconsideração institucional de direitos e sentimentos, justamente pela falta de critérios compartilhados de justiça, bem como pela ausência de controle e responsabilização

³⁸ Uma forma de atuação que envolve ações aleatórias que variam do entusiasmo ao desinteresse institucional ou da apatia ou discriminações sutis ao rigor excessivo, consoante tivemos a oportunidade discutir em profundidade em outro lugar (BARBOSA, 2014).

³⁹ O que significa não ser substituído por uma parte pública, no caso, o Ministério Público.

⁴⁰ Novamente, refiro-me à substituição do ofendido pelo Ministério Público. Em razão do caráter dialógico do reconhecimento, que não pode ser expressado adequadamente no plano exclusivamente formal, há a exigência de trocas substantivas de palavras ou gestos (símbolos em geral) entre alter e ego trocas substantivas, que representem, aos olhos de ambos, manifestações mútuas de consideração e apreço (CARDOSO DE OLIVEIRA, 2004).

precisa ser menos formal, mais flexível e aberto a considerações e apresentação de soluções menos rígidas no sentido de construção de uma solução para o problema.

De igual modo, o foco sobre a transgressão e o criminoso, a culpabilidade e não da responsabilidade e reparação (GARAPON, 2001; ZEHR, 2008), deve ceder lugar à possibilidade de composição, de formulação de obrigações recíprocas, antes da disputa. Nesses termos, um procedimento restaurativo não pode significar a reprodução do processo penal, interessado em apontar culpados (QUEIJO, 2013), mas deve representar um espaço tanto para a afirmação dos direitos das partes, como também para o reconhecimento mútuo da dignidade dos parceiros, cujo mérito ou valor para participar da relação necessitaria ser voluntária e formalmente aceite (CARDOSO DE OLIVEIRA, 1996; 2004).

A variabilidade das determinações concretas da lei e os interesses e necessidades particulares dos envolvidos no conflito invocam concepções opostas de justiça que precisam ser analisadas e sopesadas em um ambiente discursivo adequado, que assegure condições procedimentais de igualdade de tratamento, liberdade discursiva e busquem a satisfação dos envolvidos⁴¹. Por isso, a invocação de valores associados à informalização da justiça, como a confiança, a harmonia e a reciprocidade, em um contexto aparentemente dialógico de administração de conflitos, apresenta-se não apenas como atrativo para os atores envolvidos, como também necessário.

As formas consensuais de resolução de conflitos ainda suscitam a redefinição do papel da vítima no processo penal, no sentido não de servir apenas como um veículo de solidariedade que legitima a intervenção penal (DURKHEIM, 1978), mas como senhora ou proprietária de seu próprio conflito, outrora subtraído pelo Estado (CHRISTIE, 1977). A exclusão de uma autoridade decisória do processo de resolução de litígios possibilita o retorno da subjetividade, da moral e da equidade em diferentes dimensões ou possibilidades, consoante sustentei em outro lugar (BARBOSA, 2014).

Dito de outro modo, na mediação, em alguma medida, as partes retomam o controle do conflito. E as explicações ou as justificações que apelam para o sentido

⁴¹ A ideia de preocupação igualitária denota a natureza cooperativa do processo restaurativo e a construção de um modelo que pretende maximizar o bem-estar agregado por meio do incentivo à obtenção de vantagens mútuas (BECKER, 2005). O procedimento restaurativo deve levar em consideração as necessidades de todos os envolvidos (autor, vítima, comunidade), o que não significa que todos precisam receber a mesma ajuda ou a mesmo benefício. Do ponto de vista do facilitador, este deve atuar de forma imparcial, assegurando a participação igualitária de todos no procedimento (BRAITHWAITE, 2003).

de propriedade do procedimento são especialmente propensas a serem aceitos (LIND; TYLER, 1988).

Essa nova via de administração de conflito sugere que se quer atribuir as partes envolvidas no conflito um verdadeiro poder político, a ser exercido em um espaço institucional incrustado no sistema de justiça criminal, uma vez que elas definem qual é o dano e qual a reparação devida⁴². Poder este que possibilita mesmo a invocação de um *não direito (penal)* na construção coletiva ou negociada de uma solução para o conflito.

O procedimento restaurativo estaria aberto, portanto, a possibilidade de poder ignorar questões formais e respostas pré-fabricadas em favor da busca por uma solução para o problema, por meio da operacionalização de componentes morais ou políticos⁴³. Com isso se quer dizer que as partes estariam autorizadas a ajustar o direito⁴⁴ aos seus interesses e necessidades, sem comprometer a universalidade do direito (no plano abstrato) ou provocar uma falha sistêmica no ordenamento jurídico⁴⁵, na medida em que o resultado é consequência da concretização dos valores contidos na norma operado por meio da equidade.

Isso somente será possível se reconhecer uma dimensão de discricionariedade na produção de soluções para os conflitos no processo de mediação. Algo como uma válvula de escape que permitiria a funcionalização das regras jurídicas no âmbito das burocracias para o melhor equacionamento dos conflitos, ainda que conduzidos às margens da lei⁴⁶.

⁴² Ordem, no sentido de um bem coletivo, uma vez que fornece previsibilidade social generalizada apoiada em ações eventualmente decisivas de burocracias públicas competentes para empregar a força (O'DONNELL, 1993).

⁴³ Normalmente, argumentos morais são invocados por adeptos do direito natural como forma de preencher os gaps do direito. Assim, toda regra jurídica precisa ser submetida e satisfazer a um teste moral de aceitabilidade (FALLON Jr., 1999). De outra sorte, argumentos políticos ou ideologias externas são defendidos como recursos interpretativos disponíveis aos juízes para preencher as lacunas do direito.

⁴⁴ Essa lógica de responsabilização contém alguns pressupostos que estariam dentro de um suposto "*consenso liberal*" (COHEN, 1985, p. 251) em torno do direito penal. A primeira é que pressupõe a autonomia individual ou responsabilidade pessoal dos indivíduos no cometimento de crimes. O segundo é que se afirma a legitimidade moral do direito penal — mesmo imperfeito, impreciso e frequentemente injusto⁴⁴ —, ainda que um direito que demande reformas (DALY, 2000; 2002; 2003). Para uma discussão sobre a imperfeição ou imprecisão do direito penal, ver Barbosa (2014).

⁴⁵ Contudo, mesmo diante dos problemas da legalidade como princípio distributivo de justiça em sociedades amplamente desiguais como a nossa, as correntes que defendem a minimização do sistema penal, argumentam que sem o direito penal estaríamos sujeitos à sorte de uma sociedade selvagem ou disciplinar (FERRAJOLI, 2002) ou a um poder incontido ou arbitrário (ZAFFARONI *et al.*, 2006; BARATTA, 1999), razão pela qual não se pode prescindir do balizamento de regras pretensamente universais.

⁴⁶ O atuar seletivo exige, comumente, a separação entre direitos e interesses, ainda que seja questionável de quem é de fato o poder de priorizar o respeito a direitos abstratos ou a

Intuições e experiências prévias sugerem que há uma quantidade significativa de situações em que a regra jurídica, no contexto de aplicação, precisa ser flexibilizada como forma de atender interesses e sentimentos do envolvidos (BARBOSA, 2014).

Não me refiro à dispensa de critérios de universalização de direitos e tratamento impessoal para com o cidadão genérico no contexto das relações público-privado, com predominância de demandas acentuadas por solidariedade ou deferência e, por conseguinte, menos consideração por princípios de justiça⁴⁷ no contexto específico do encontro Estado-cidadão⁴⁸. Dito de outro modo, não se trata de prever espaços de administração de conflitos que, diante da dificuldade de se equacionar as excessivas demandas por atuação que impedem um tratamento igualitário ou universal aos conflitos, irão funcionar como um ambiente propício à transformação de direitos em privilégios por meio atitudes particulares de solidariedade que privatizam o espaço público (varas judiciais) em detrimento dos direitos e interesses legítimos de todos outros (CARDOSO DE OLIVEIRA, 1995; 1996; 2004; 2011).

A dissociação entre equidade e universalização experimentada na justiça restaurativa poderia estar pautada no contexto de construção de soluções particulares que promovam ajustes que atendam de maneira mais adequada os envolvidos, sem a necessidade de expandir as mesmas soluções a outros casos. Essa forma particular de avaliar e administrar conflitos, que identifica no caso concreto uma aparente falta de coerência entre o querido ou previsto e o realmente buscado ou obtido, que o direito é moldado para declarar valores, mostrar a identificação da instituição com as preocupações dos envolvidos e focar na reparação (em lugar da pena) como recurso mais adequado.

preponderância de interesses: do cidadão-vítima ou do Estado. Na prática, a institucionalização do conflito entrega o poder de decidir às burocracias estatais.

⁴⁷ Essa forma particular de interação entre o público e o cidadão, que representa bem o desequilíbrio entre os princípios de justiça e solidariedade apontado por Cardoso de Oliveira (1996), nos quais “a falta de respeito aos direitos do indivíduo ou cidadão comum é contrastada com a propensão ao favorecimento daquelas pessoas que se mostram especialmente dignas de consideração”, acomoda-se na realidade brasileira entre a inquisitorialidade e a seletividade das práticas de administração de conflitos e outros âmbitos interação institucional. No contexto brasileiro, a observável precedência da ideia de consideração em relação à pessoa (singularizável) em prejuízo da noção de respeito a direitos do indivíduo (genérico) estaria entre as principais causas da discriminação cívica no Brasil, principalmente porque as atitudes de deferência são distribuídas de forma excessivamente desigual. (CARDOSO DE OLIVEIRA, 2004b; 2011).

⁴⁸ De acordo com Cardoso de Oliveira (2004b, p. 83): As ideias/valores de respeito a direitos e de consideração à pessoa corresponderiam, respectivamente, aos princípios de justiça e solidariedade no plano do exercício da cidadania.

Um verdadeiro tratamento com respeito e consideração por parte da justiça pode não demandar sempre um tratamento uniforme para os problemas⁴⁹, mas o de reconhecer que uma decisão equânime é aquela que, entre tantas outras, melhor atende os atores envolvidos, — sem ferir direitos de outros — e que se distingue radicalmente de uma decisão arbitrária (CARDOSO DE OLIVEIRA, 1989; 1996; 2004; 2008).

Isso porque há diversas situações em que o direito como posto na lei é incapaz de regular. A lei penal pode extrapolar seus propósitos e comumente extrapola em razão de sua incapacidade de prever todas as situações que podem ser comportadas pela violação da lei e todas as isenções ou exceções que decorrem dos acontecimentos reais (KLOCKARS, 1985; HART, 2009; MAcCORMICK, 2008). Por isso, é preciso aceitar que é apenas no momento em que a regra legal precisa ser colocada em ação, encenada, corporificada por meio de um processo jurídico que é possível perceber sua inadequação. Assim, para lhe dar seu verdadeiro sentido ou torná-la factível, é preciso modificá-la por meio de concessões, adaptações ou ajustes (HASSEMER, 1995)⁵⁰.

Essa nova forma de encarar os conflitos (com empoderamento das partes⁵¹ e por meios não coercitivos) representaria uma nova forma de lidar com o próprio direito. Do ponto de vista do sistema jurídico, admitir decisões discricionárias que melhor atendam aos interesses dos envolvidos, ao invés de revelar insuficiências do campo jurídico, denotaria a capacidade do direito em se adaptar à realidade e cumprir seu papel de ordenação social.

Em diferentes contextos empíricos, verifica-se que há problemas que normalmente não encontram uma resposta adequada no sistema tradicional de administração de conflitos. A justiça restaurativa, se não pode enfrentar todos eles, pelo menos tem a sincera disposição de dar resposta à parte dessas incongruências

⁴⁹ Ressalta-se que, em muitas situações, um tratamento uniforme contempla adequadamente pretensões de correção normativa associadas a direitos, sobretudo quando os atores são incapazes de chegar ao consenso.

⁵⁰ Em razão disso, já há algum tempo tenho me orientado por minha observação e análise do funcionamento dos processos institucionais de administração de conflitos em casos rotulados como problemas criminais, a partir da articulação (ou mais frequentemente da desarticulação) das diferentes dimensões contextuais a partir das quais um conflito pode ser examinado e compreendido. Ver, nesse sentido, Cardoso de Oliveira (1989; 2010).

⁵¹ O empoderamento aqui entendido também como um poder emocional negado pela justiça tradicional, e consistente com o engajamento emocional dos participantes no processo de discussão (SHERMAN, 2003).

da justiça pública. As práticas consensuais institucionalizadas são apresentadas, assim, como uma nova forma de emprestar legitimidade e justiça às negociações de sentido sobre os conflitos e a renúncia de direitos, desde que os ajustes realizados pelos participantes produzam uma solução satisfatória para os envolvidos e não firam a razoabilidade mínima controlada pelo Poder Judiciário.

O procedimento da mediação, assim, abriria espaço a soluções informais para o conflito que tangenciam a legalidade estrita e procedimento rígido em benefício dos envolvidos e da diminuição do trabalho judicial. De um ponto de vista idealista, as práticas discricionárias de escolha dos sentidos de justiça que determinado conflito deve ter representam uma tendência à flexibilização do direito, bem como um elemento emancipador que pressupõe a participação e autogestão pelos disputantes de seus próprios conflitos. Já do ponto de vista pragmático-institucional, o Estado mantém o controle sobre os conflitos e, ainda, diminui o número de litígios que demandam a intervenção judicial⁵².

A questão central é: até que ponto esses valores são efetivamente incentivados ou encorajados no âmbito das práticas de justiça restaurativa ou não constituem uma mera camuflagem para proteção de um sistema retributivo de justiça? Uma vez que a justiça informal funciona frequentemente como uma estratégia de manutenção da regulação por meio da cessão de parcela do poder sobre o conflito, consoante aconteceu com os Juizados Especiais Criminais.

É certo que o modelo tradicional de justiça tem inúmeros problemas relacionados a seus custos de ineficiência e de injustiça, como já ressaltado detalhadamente outro lugar (BARBOSA, 2014)⁵³. Contudo, será que a justiça restaurativa é melhor que a justiça convencional exercida por uma autoridade por meio de um processo contraditório? A questão, portanto, é mais empírica que conceitual.

A justiça restaurativa, enquanto concepção, discurso, procedimento e práticas, constitui uma tentativa incipiente e ainda lenta de transformação dos meios de administração de conflitos. Por isso, o funcionamento da restaurativa demanda uma avaliação cuidadosa⁵⁴. Para além de se avaliar superficialmente os *resultados da*

⁵² A justiça informal, assim, funciona como uma estratégia de manutenção da regulação por meio da cessão de parcela do poder sobre o conflito (SANTOS, 1988).

⁵³ Erros, abusos, violência são características do sistema de justiça criminal. Ver, nesse sentido, Zaffaroni (2001); Ferrajoli (2002); Cervini (2002); Andrade (2003).

⁵⁴ Strang et al. (2013) chamaram a atenção para a necessidade de avaliação de campo das diferentes práticas de justiça restaurativa em funcionamento nos mais diversos lugares, não apenas em razão da diversidade de programas, como também das diferenças de concepção.

justiça, — consistente na relação entre a quantidade de casos submetidos e de acordos firmados —, é preciso avaliar: a) a justiça do procedimento — enquanto controle, voz e qualidade do tratamento institucional; b) a justiça dos resultados, enquanto distribuição equitativa de reparações (materiais e imateriais, conforme o merecimento/necessidade/interesse); e c) a justiça interacional, consistente na qualidade da relação de troca firmada entre os atores envolvidos, enquanto igual respeito e consideração com o outro (qualidade do tratamento interpessoal) e que leve em conta a dimensão moral do conflito⁵⁵.

Nesse trabalho, pretende-se observar como essas características de justiça como equidade são viabilizadas por meio de princípios ou elementos morais como a liberdade, igualdade e a reciprocidade/solidariedade.

A liberdade é uma condição ou fator que habilita as partes envolvidas no conflito a decidirem sobre seus próprios litígios em uma perspectiva um tanto quanto ampla. Elas podem decidir sobre participar ou não do processo de mediação, que tipo de reparação lhe satisfaz, além do tipo desfecho que a relação entre elas irá ter (manutenção da relação afetiva x relação de decoro/respeito). Essa característica da justiça consensual, que permite que as partes digam *não* à tentativa de acordo, é algo que diferencia esse tipo de processo do procedimento judicial tradicional no Brasil, em que a característica principal é o *comando*, ou seja, o controle da decisão sobre o processo (participação e apresentação de informações/provas) e a decisão sobre o resultado está nas mãos de um terceiro⁵⁶.

Já a igualdade é uma condição discursiva de justiça que facilita ou promove a verdadeira liberdade de decidir sobre aquilo que melhor convém aos litigantes, — do ponto de vista de seus direitos/deveres e interesses/necessidades e a partir do gerenciamento de emoções/sentimentos (culpa, vergonha, arrependimento, perdão, compaixão) —, dentro do universo mediado pelo direito formal e pelo processo (no sentido de procedimento e discurso). A igualdade pretende dar aos participantes as mesmas condições ou oportunidades de ouvir e de ser ouvido e de pleitear o

⁵⁵ Cardoso de Oliveira (2018) ressalta a importância para o cidadão de ser tratado como um igual no mundo cívico, como quer que esta igualdade seja concebida. A sensação de ser inferiorizado na relação é que é vivida como uma ofensa. Por isso, o encontro e as condições discursivas devem permitir que as partes se percebam como iguais.

⁵⁶ No *trial by jury* americano, as partes conservam o controle sobre as evidências e informações e o terceiro imparcial (júri) o controle sobre a decisão (TYLER, 2003). Sobre essa ideia de comando no contexto americano, ver Mcewen; Maiman (1984).

reconhecimento de sua dignidade como interlocutor (qualidade de tratamento institucional e interpessoal)⁵⁷.

Estudos demonstram que, de um modo geral, a satisfação das partes não depende apenas de se obter um determinado resultado almejado no processo, como o recebimento de uma indenização, por exemplo, mas também está diretamente relacionada ao fato de ser tratado com respeito e consideração, no sentido de poder falar e ser ouvido, bem como de poder decidir o que melhor lhe atende (TYLER, 2003; THIBAUT; WALKER, 1975; 1978). Em outras palavras, o grau de satisfação dos envolvidos depende do grau ou abrangência da dimensão de reconhecimento⁵⁸, tomado de uma perspectiva institucional de consideração e respeito a uma situação conflituosa que faz sentido e causa transtornos para quem o vive, bem como de uma perspectiva relacional que leva em conta a qualidade do tratamento entre os atores.

Em outras palavras, se pessoas são mais satisfeitas com o procedimento que permite que participem de modo a explicar o que aconteceu e comunicar sobre a situação, como ela deveria ser tratada e qual a melhor decisão (THIBAUT; WALKER, 1975; LIND; TYLER, 1988; TYLER, 2003)⁵⁹, é preciso verificar em que medida a concepção de justiça restaurativa em desenvolvimento dá importância à participação das partes no processo. Ou seja, é preciso avaliar a qualidade do processo no plano de uma justiça procedimental.

O respaldo e a consideração institucional são essenciais para que as partes se comuniquem abertamente e estabeleçam uma relação de confiança com o mediador. Contudo, para além de um tratamento ou reconhecimento institucional, o que se sugere nesse trabalho é que dificilmente um procedimento negocial será capaz de produzir soluções equânimes se não prestigiar, incentivar e fornecer condições para

⁵⁷ Essa fórmula resgata a própria noção de processo contida na expressão latina “audi alterum partem” (“ouvir o outro lado”), que reivindica um nível mais profundo de engajamento e empatia, no sentido de um reconhecimento do mérito do interlocutor e de sua condição de portador de direitos (CARDOSO DE OLIVEIRA, 2010; 2011; MENKEL-MEADOW, 2005).

⁵⁸ Sustenta-se que a mediação é especialmente bem-sucedida em demandas que envolvem acentuada animosidade ou grande carga emotiva, na medida em que diferentemente do processo judicial tradicional, permite que as partes expressem seus sentimentos como raiva ou irrisignação (BRASIL, 2013). Esse tipo de demanda, aliás, é uma das situações típicas nas quais conflitos passados e presentes precisam ser articulados e vir à tona, a fim de se encarar o problema em toda sua complexidade e profundidade e, com isso, viabilizar-se um acordo.

⁵⁹ Essa comunicação ou participação, porém, algumas vezes representa a simplesmente a vontade de ser ouvido e considerado por uma autoridade (O'BARR; CONLEY, 1985). Algumas pessoas estão mais preocupadas em ter atenção institucional e convencer uma autoridade de quem tem razão do que ter o controle direto sobre as decisões tomadas (TYLER, 2003). Nesse caso, consoante veremos, a mediação certamente não funcionará.

reconhecimento mútuo da condição de sujeitos morais ou de pessoas dignas entre os atores. Assim, à mingua de relações de reciprocidade, que acionem deveres e obrigações de justiça e cuidado, o entendimento e satisfação comumente não são alcançados de forma plena e verdadeira.

O reconhecimento é a chave para construção de soluções equânimes. E não apenas de uma perspectiva institucional ou como justiça formal, consistente na igualdade e qualidade do tratamento institucional (poder, voz e controle). O procedimento negocial da mediação reivindica também qualidade do tratamento entre interlocutores (respeito mútuo e reconhecimento do mérito de cada interlocutor) são determinantes para construção de compromissos equânimes e duradouros⁶⁰.

O funcionamento adequado da mediação depende, portanto, de uma dupla dimensão de reconhecimento. O reconhecimento institucional da relevância da vontade das partes e do mérito de cada interlocutor e do reconhecimento recíproco entre elas, no sentido de que o outro precisa ser tratado com respeito e consideração⁶¹. A primeira dimensão, como mencionado, está associada à ideia de justiça procedimental. A segunda dimensão do reconhecimento se denominou aqui de justiça interacional e está diretamente ligada a questões de solidariedade ou reciprocidade.

O que se pretende demonstrar é que a solidariedade leva em conta a necessidade do reconhecimento do outro como alguém digno de respeito e consideração. Contudo, solidariedade por si só, mesmo em nome da pacificação ou do entendimento, é insuficiente para produção de soluções equânimes. Ela precisa de alguma forma e em alguma medida estar associada às concepções de justiça que motivem (obriguem) a responsabilização e reparação de direitos.

Liberdade (voluntariedade/empoderamento), igualdade (reconhecimento institucional) e reciprocidade (reconhecimento recíproco da legitimidade e dignidade do interlocutor e como obrigação de justiça), associadas a práticas não punitivas, podem servir como bons *indicadores* a serem utilizados para medir a efetividade da mediação como uma proposta de processo de administração de conflitos com fundamento moral, mais que legal. Assim, quanto maior for a ênfase nos aspectos morais, que levem em conta os sentidos de justiça locais, maiores são as chances de

⁶⁰ Ver Cardoso de Oliveira (1989; 1996).

⁶¹ O reconhecimento no âmbito da mediação é denominado validação. A validação é um princípio fundamental da mediação. Na concepção de Cardoso de Oliveira (2002; 2008; 2010), o reconhecimento significa reconhecer o mérito do interlocutor.

emergir a intuições morais em torno de se escolher o que deve ser feito em favor do outro e experimentar a prática de algo bom em termos de assumir responsabilidades e promover restituição (SCHWEGEIRT, 2002).

Do ponto de vista deste trabalho, os benefícios da justiça restaurativa estão atrelados ao mesmo tempo ao reconhecimento da legitimidade e justiça do procedimento, ao reconhecimento da dignidade do interlocutor e ao engajamento emocional do ofensor e da vítima com o debate e com a ideia de cooperação e consenso, no sentido de se buscar uma solução negociada para o conflito que repare direitos.

A lógica da mediação precisa ser, portanto, a de dar visibilidade à dimensão normativa do conflito e fazer crer aos envolvidos que determinado problema é relevante e merece reparação⁶². Por isso, o auto reconhecimento da culpa e a responsabilização moral⁶³ precisam ser percebidas como forma de elucidar direitos e interesses e invocar solidariedade no sentido de que o agressor repare os danos causados.

Se a lógica jurídico-penal de proteção, sustentada na pretensão de universalização de direitos por meio da proteção de bens jurídicos penais, institucionalizou uma vítima genérica e sem identidade em detrimento das vítimas concretas (ESER, 1992; 1998), a forma de compor direitos na mediação, por outro lado, preserva a individualidade dos atores, reafirma o direito como uma categoria relacional e a noção de solidariedade como uma categoria que reivindica a existência de obrigações recíprocas entre os indivíduos⁶⁴ (CARDOSO DE OLIVEIRA, 1996).

O que chama a atenção para justiça restaurativa é que ela, em alguma medida, valida meus próprios sentimentos e de outros de insatisfação com o sistema de justiça tradicional impessoal, formalizado e seletivo que priva as pessoas de experiências de justiça na relação, no sentido de justiça como correção da relação (ACORN, 2004). Isso porque as práticas de mediação, como uma nova face da justiça penal pública pretendem, na medida do possível e dos limitados casos que alcança, fornecer mecanismos discursivos para reconstrução normativa do conflito, a partir de

⁶² Sobre a questão do insulto como falta de reconhecimento, ver Cardoso de Oliveira (1996; 2004; 2008; 2010 e 2011). Sobre a comunicação moral em processos de mediação, ver DUFF, 2003.

⁶³ A responsabilidade pressupõe que autor aceite de ter causado o dano e não dispute ou conteste faticamente que é culpado, sem necessariamente precisar se declarar ou confessar culpado (SHERMAN, 2003).

⁶⁴ Cidadão aqui entendido não como um indivíduo genérico, mas como portador de uma identidade singular (CARDOSO DE OLIVEIRA, 2008).

considerações de caráter ético-moral. O objetivo do procedimento é acentuar o caráter relacional do direito e evitar decisões injustas ou reificadas que absolutizam o direito posto (CARDOSO DE OLIVEIRA, 1989; 1995).

Contudo, a construção de uma solução situacionalmente adequada, imparcial e moral⁶⁵, consoante sugere Gunther (2004, p. 175), somente é possível caso todos os aspectos normativos, que façam sentido ou sejam interessantes em uma dada situação, possam ser considerados. Daí a importância de se avaliar a adequação do procedimento e o grau de satisfação dos envolvidos com a justiça restaurativa a partir da observação empírica do funcionamento de espaços de mediação, em seu processo de articulação e desarticulação das diferentes dimensões contextuais que envolvem a justificação e aplicação do direito: a dimensão da normatividade abstrata e a dimensão da normatividade concreta.

Nesse sentido, pretende-se realizar uma análise da justiça pública a partir das práticas e espaços de mediação. Entende-se que é preciso submeter as condições de administração de conflitos em espaços públicos de justiça restaurativa às mesmas provas de equidade e justiça com que já questionaram no passado a legitimidade do modelo de justiça tradicional retributiva.

O objetivo da pesquisa é identificar e discutir como atores públicos e privados interagem no ambiente institucional de mediação e operacionalizam o direito como forma de dar resposta aos conflitos de maneira pretensamente justa⁶⁶ e propor ferramentas de análise do discurso e das condições de justiça que permitam avaliar a proximidade dos procedimentos com ideias de justiça como equidade.

A estratégia metodológica utilizada foi de observar e discutir, por meio de uma articulação entre a pesquisa bibliográfica e de campo, as evidências simbólicas desse campo oficial de administração de conflitos, que pretende articular direitos, interesses e sentimentos dos envolvidos no conflito em um ambiente discursivo eticamente orientado. A partir da observação in loco das audiências, de entrevistas e da própria preparação do pesquisador como mediador foi possível recolher dados e impressões sobre como a justiça restaurativa pretende funcionar, como ela se institucionalizou e como funciona de fato.

⁶⁵ A ideia de imparcialidade a ser proceduralizada na mediação é aquela em que todas as possibilidades de pontos de vistas sejam consideradas (GUNTHER, 2004).

⁶⁶ Certamente, as regras de direito de um país não podem ser compreendidas, em sua aparente irracionalidade, sem se saber algo sobre como essas regras surgiram e como são praticadas. É preciso procurar para além da letra da lei (WIGMORE, 1937).

Essa tentativa de *imersão* na mediação me levou a utilizar a primeira pessoa do singular em algumas partes do texto, notadamente em situações em que eu dialogo com partes, mediadores e demais atores. Minha intenção como forma de escrita é construir a narrativa a partir de meu ponto de vista como observador e de minha interação com os sujeitos da pesquisa.

Também foram empreendidos esforços da estruturação de ferramentas de análise de modelos ou formas de administração de conflito, a partir da combinação de diferentes campos do conhecimento, como o direito, a psicologia social e antropologia jurídica. A intenção é fornecer instrumentos teóricos para se discutir eventuais déficits conceituais e procedimentais nas formas ou modelos de justiça.

A justiça restaurativa, como uma filosofia que pretende repensar os meios e fundamentos de aplicação da justiça e restituir a dimensão interpessoal do crime (real, histórica e concreta) (MOLINA; GOMES, 2000), congrega uma série de valores comuns que encorajam os ofensores a assumirem a responsabilidade por suas ações e reparar o dano. Porém, essa perspectiva de justiça pode ser operacionalizada de diferentes formas ou procedimentos, entre eles a mediação⁶⁷. Além disso, a mediação como um mecanismo, uma técnica ou modelo de administração de conflitos ainda é uma forma jurídica em construção. Nesse sentido, com base das discussões empreendidas no trabalho pretende-se contribuir tanto para melhor compreensão do modelo como também de oferecer elementos para se repensar e aprimorar referido modelo, forma ou ideia de justiça.

Os problemas centrais que orientam essa pesquisa são, portanto: Como atores públicos e privados operacionalizam as regras jurídicas como forma de dar resposta aos conflitos no âmbito dos espaços discursivos de mediação de maneira pretensamente justa?⁶⁸ Quais as condições de justiça são necessárias para se aplicar um modelo integral ou completo de justiça como equidade?

Para dar conta dessas indagações, propus-me na tese a conhecer e analisar os modelos formais institucionalizados de resolução de disputas que empregam

⁶⁷ Schweigert (2002), aliás, ressalta a justiça restaurativa surgiu como uma série de inovações e experimentos que variam conforme o lugar ou as circunstâncias. Entre os princípios comuns compartilhados estão a mediação e o uso de formas não violentas de resolução de conflitos e a redescoberta da restituição.

⁶⁸ Ressalta-se, de início, que o procedimento aqui mencionado, semelhante a outras éticas discursivas, não se afasta de um tipo de situação idealizada de discurso para facilitar o entendimento mútuo. Ver, nesse sentido, Alexy (2014); Habermas (2010; 2012); Honneth (2007; 2015), Rawls (2002; 2005) entre outros.

formas consensuais para solução dos conflitos. Para tanto, optei em conjunto com meu orientador, por realizar um trabalho de campo no Centro Judiciário de Justiça Restaurativa em Planaltina-DF – CEJURES-PLA⁶⁹, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Duas razões me levaram a isso.

A primeira é que o CEJURES-PLA funciona como um verdadeiro *laboratório* de práticas de justiça restaurativa em matéria penal no Distrito Federal. Além de executar sua função principal, que é a de realizar mediações relacionadas aos processos oriundos dos Juizados Especiais Criminais de Planaltina, o Centro atua ainda em processos que envolvam crimes mais graves, oriundos das Varas Criminais e do Tribunal do Júri selecionados conforme sua aparente adequação às técnicas e finalidades da justiça restaurativa⁷⁰. Mas mais que isso, como um dos principais coordenadores técnicos do programa junto ao TJDF⁷¹, que também era instrutor nos cursos sobre conciliação e mediação judicial, ficava a maior parte do tempo no fórum de Planaltina-DF, era lá que as técnicas e procedimentos de mediação restaurativa eram desenvolvidas e aperfeiçoadas, conforme pude observar durante minha pesquisa de campo.

A segunda razão é que esse mesmo servidor, que coordenava os trabalhos de mediação no CEJURES-PLA, foi meu instrutor no curso de mediação judicial que eu realizei em 2015. Essa condição não apenas facilitou meu acesso ao campo, como também me permitiu confrontar a experiência em sala de aula com a prática.

A observação do campo me permitiu não apenas melhorar minha compreensão das práticas restaurativas, como também perceber que o modelo de justiça

⁶⁹ O Centro Judiciário de Justiça Restaurativa de Planaltina (CEJURES-PLA), iniciou as atividades em março de 2016 como um posto avançado do Centro Judiciário de Justiça Restaurativa do Núcleo Bandeirante (CEJURES-NUB). Com a edição da Portaria Conjunta n. 81, de 28 de setembro de 2017, o CEJURES-PLA foi definitivamente instalado na cidade de Planaltina, como unidade independente do CEJURES-NUB, diretamente vinculado ao Núcleo Permanente de Justiça Restaurativa (NUJURES). Contudo, consoante pude verificar, em que se tratasse de um posto avançado, o CEJURES-PLA era o local em que a justiça restaurativa funcionava de fato à época. Depois da pesquisa de campo outros centros foram criados, como CEJURES-GAM (Gama) e o CEJURES-SMA (Santa Maria).

⁷⁰ Além dos crimes de menor potencial ofensivo, que são a maioria das situações tratadas pelo CEJURES-PLA, a unidade ainda lida com mediação de casos mais graves, como crimes de homicídio ou roubo, por exemplo. Essas situações são enquadradas como Mediação Vítima-Ofensor (MVO). O processo de mediação, nesses casos, é acessório ou complementar ao processo principal de responsabilização criminal. Os casos selecionados para MVO são poucos. São escolhidos entre outros casos de roubo ou homicídio, a partir da avaliação de seu potencial restaurativo. Desse modo, os casos funcionam como um laboratório da justiça restaurativa em que se busca fornecer aos participantes uma verdadeira “experiência de justiça reparatória e conciliadora para além do processo penal comum (retributivo, punitivo) existente. Contudo, como referidos processos são poucos e não tem prazo para acabar, optei por não os incluir na pesquisa.

⁷¹ Um dos coordenadores técnicos é o servidor do TJDFT Júlio Cesar Rodrigues de Melo.

restaurativa no Brasil ainda é algo em construção. Entre o pouco tempo que passou entre treinamento e o período em que acompanhei as audiências no CEJURES-PLA, as práticas restaurativas sofreram mudanças significativas tanto no que diz respeito ao procedimento, como nos conceitos e categorias discursivas nativas utilizadas para elucidar o conflito, consoante veremos no trabalho. Mudanças estas derivadas do contínuo processo de aprimoramento e construção de identidade do programa de justiça restaurativa do TJDF.

Conforme foi mencionado antes, o objeto preferencial de tratamento institucional do Centro de Justiça Restaurativa de Planaltina/DF é constituído por uma espécie particular de conflitos, que envolvem desavenças interpessoais entre pessoas conhecidas (identificadas), que são sérios o suficiente para serem classificados como ilícitos criminais de menor potencial ofensivo⁷², assim como acionarem mecanismos institucionais de resolução de conflitos.

A escolha de se aplicar a mediação predominantemente a esse tipo de conflito por parte das instâncias oficiais tem uma razão prática: relações arruinadas ou deterioradas por graves danos e violações são mais difíceis de serem corrigidas do que relações envolvendo erros mesquinhos e insultos aparentemente triviais e anônimos (SCORN, 2004). Além disso, referidos conflitos são comumente identificados como de pouco interesse ou relevância institucional a justificar o gasto excessivo de tempo e recursos para sua administração.

Com isso, adianta-se que estarão excluídas de antemão da análise práticas seletivas de exclusão penal realizadas em âmbito institucional e formas não institucionalizadas de administração de conflitos⁷³. Ressalta-se, ainda, que não se pretende realizar propriamente uma comparação entre diferentes formas de administração de conflitos, notadamente entre os processos de mediação e o processo penal tradicional (formal, contraditório, decisório).

Procurou-se trazer para discussão, como forma de situar adequadamente os processos de mediação, algumas características que se considerou mais marcantes ou que mais contrastam com técnicas compositivas tradicionais geridas por um

⁷² No Brasil, a adjectivação do crime como de menor potencial ofensivo leva em conta apenas a pena abstrata e não critérios materiais, como o tipo de bem jurídico afetado, por exemplo (CARVALHO, 2005). Assim, considera-se crime de menor potencial ofensivo aquele cuja pena máxima não supera 2 (dois) anos.

⁷³ Sobre a seletividade e inquisitorialidade nas práticas institucionais de administração de conflitos, ver Barbosa (2014).

terceiro imparcial investido de poder e autoridade (modelo heterocompositivo). Ou, ainda, quando as condições ou limitações procedimentais de um ou outro modelo influenciam na opção pelo procedimento, como no caso, por exemplo, em que uma parte opta pelo processo tradicional em lugar do processo de mediação, com base nas representações ou compreensão que tem do processo judicial conduzido por um magistrado profissional.

Também não se optou por promover aqui uma análise de modelos comparados de mediação ou justiça restaurativa em outros países por duas razões. A primeira é que as teorias e práticas utilizadas no Brasil são claramente inspiradas em teorias e experiências estrangeiras. Contudo, tanto as técnicas como as teorias relacionadas à mediação ou a justiça restaurativa ainda estão em fase de adaptação no sistema de justiça brasileiro. Ainda é cedo para dizer que temos um modelo próprio, consolidado de mediação restaurativa de conflitos.

A segunda é que, como minha preocupação central é quanto ao funcionamento real do modelo institucional de mediação restaurativa, a partir de uma experiência de campo, um estudo comparado demandaria igual esforço de observação in loco do funcionamento de práticas realizadas em outros países. E essa experiência de campo não foi possível de ser realizada durante o doutorado.

Assim, de forma particular, meu olhar irá se dirigir para como as pessoas litigam no âmbito de estruturas formais disponibilizadas para solução negociada de conflitos interpessoais, a partir das condições procedimentais e do tratamento que recebem no procedimento institucionalizado oferecido pelas instituições oficiais de justiça brasileiras e como estas formas ou meios de resolução de conflitos dizem respeito a elas.

Embora a intenção seja fornecer um conjunto de ferramentas que possibilite uma análise das práticas institucionais restaurativas de um ponto de vista ético-moral, referidos instrumentos de análise também podem ser utilizados para se elaborar uma crítica de outras formas de administração de conflitos. Se a decisão prática sobre os conflitos de menor potencial ofensivo entre pessoas previamente identificadas é dos litigantes e não do sujeito estatal; e, se cabe às partes selecionar a forma e/ou conteúdo do direito a fim de compatibilizar os fins e propósitos da lei penal com interesses e sentimentos envolvidos no conflito, entende-se como importante verificar que tipo de justiça a mediação pode entregar.

Entendo que a partir das situações apresentadas, é possível se chegar a

considerações mais gerais da regularidade ou lógica que orienta a administração de conflitos por meio dessa face alternativa da instância judicial, que é a mediação restaurativa. Por meio de exemplos de práticas consensuais apreendidas no campo se objetiva apresentar o universo simbólico próprio de parcela do campo judicial de administração de conflitos, sustentado em pretensões de consideração dos problemas particulares das partes e na invocação da reciprocidade como forma de facilitar o entendimento.

A partir das observações do campo, buscou-se descrever de forma mais densa possível os casos e observações empíricas vivenciadas e, bem assim, tentou-se ao máximo evitar filtragens excessivas ou descrições superficiais, a fim de melhor contextualizar as situações e trazer para discussão o ponto de vista dos próprios interlocutores.

Gostaria de ressaltar, ainda, que esse trabalho não é manual de mediação. Não se pretende ensinar ninguém a utilizar os métodos ou técnicas utilizadas na mediação judicial. Embora eu entenda que as formas consensuais de resolução de conflito são uma resposta efetiva para situações que o processo judicial não é capaz de resolver, de modo mais eficaz ou equânime, pretende-se pontuar não apenas as potenciais vantagens do procedimento, mas também as eventuais deficiências ou incongruências desse modelo aplicado na administração de crimes de menor potencial ofensivo.

Uma última observação importante é que referido trabalho é continuação de minha dissertação de mestrado, em que se discutiu os problemas relacionados à formação de culpados, por meio de procedimentos inquisitoriais e seletivos. A partir deste trabalho, pode-se concluir que a seletividade informal, os arranjos à margem da lei e os tratamentos diferenciados de conflitos a partir de critérios não compartilhados são fruto justamente das práticas oficiais hegemônicas e centralizadoras de resolução de conflitos. Nesse sentido, esse trabalho complementa aquele não apenas como um olhar crítico sobre as formas de administração de conflitos no Brasil, mas como um reforço da necessidade de se explorar campos ainda pouco conhecidos de consenso em nosso direito.

Após essas considerações, informa-se que a tese foi dividida em cinco capítulos. No primeiro capítulo, procurou-se discutir algumas das características principais do modelo institucional de justiça restaurativa adotado no Brasil, a partir do exemplo prático da mediação instituída pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal

Foram tratados aspectos como concepções (idealizações), escopo, procedimento e limites. Desse modo, além de analisar alguns dos principais conceitos e ideias que orientam esse modelo de justiça com pretensões restaurativas buscou-se também verificar como a instituição judiciária se organiza para prestar referido serviço de administração de conflitos dentro de sua estrutura organizacional.

Ressalta-se que práticas de resolução negociada de conflitos não são propriamente uma novidade no direito brasileiro. Desde a experiência dos juizados de paz ainda no início do século XIX até as tentativas (fracassadas) de informalização do processo de administração de conflitos por meio da criação dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, não faltaram tentativas de insurgência contra modelos hegemônicos e centralizados de resolução de conflitos. Os Juizados Especiais, mais recentemente, foram criados com o objetivo de desburocratizar a justiça penal, bem como desafogar o Judiciário de causas de menor relevância, por meio da informalização do processo e adoção de instrumentos alternativos de administração dos conflitos, como a conciliação e a transação penal. Contudo, passados mais de 20 anos desde sua criação, os JECRIMs convivem com uma série de incongruências e frustrações.

Nesse espaço também se discute alguns aspectos mais interessantes do treinamento deste pesquisador como mediador e as principais características, ferramentas e técnicas aplicadas à mediação.

No segundo capítulo, buscou-se analisar como funcionam as práticas consensuais de resolução de conflitos operacionalizadas pelo CEJURES. A partir das evidências simbólicas colhidas no campo de pesquisa e da análise das sessões de mediação, chamou-se a atenção para esse campo ainda pouco explorado de consenso, incorporado à justiça penal pública. Trata-se de um reconhecimento, ainda que implícito, da necessidade de se redefinir êxitos no âmbito da produção de soluções jurídicas e de se adotar uma visão mais compreensiva dos conflitos humanos e menos impositiva de soluções legais⁷⁴.

Foram apresentados alguns casos representativos da observação de audiências de mediação realizadas no CEJURES-PLANALTINA. Casos estes acompanhados por este pesquisador durante o trabalho de campo.

⁷⁴ Uma vez que a justiça restaurativa, ao menos discursivamente, não está preocupada com formas específicas de resolução de conflitos em detrimento de outras, mas com meios de discussão que permitam a invocação de valores e objetivos restaurativos (MORRIS, 2005)

No terceiro capítulo, procurou-se uma análise do discurso da mediação. O objetivo é discutir como esse discurso é articulado no âmbito do procedimento para alinhar as diferentes dimensões contextuais dos conflitos, no sentido de adaptar o direito legal às obrigações morais e se evitar decisões injustas ou reificadas com base na lei penal. O objetivo é verificar e discutir, de um lado, como o modelo restaurativo comunica suas pretensões de administrar justiça, a partir de suas finalidades e objetivos restaurativos e de pacificação social por meio do consenso; e, de outro, como o método e o discurso (linguagem) são modulados no procedimento para tornar possível um entendimento discursivo.

No quarto capítulo, propus-me a discutir como os princípios estruturadores de uma justiça como equidade (liberdade, igualdade e reciprocidade) se manifestam. Liberdade, igualdade e reciprocidade são elementos essenciais para se compreender e se estruturar um modelo de justiça como equidade, consoante sustentado no trabalho. Além disso, referidos elementos ou princípios são fundamentais nas percepções de justiça e são acionadas com diferentes intensidades, com frequência, em diferentes dimensões de análise da justiça.

No quinto capítulo, tratou-se sobre as diferentes dimensões de justiça na prática restaurativa (procedimental, distributiva/resultado e interacional) e o que é a justiça, afinal? Sustenta-se aqui a necessidade de um modelo integral de justiça, que leve em consideração não apenas aspectos procedimentais de qualidade do tratamento institucional e de tomada de decisão (justiça procedimental), mas também a necessidade de ajustar o procedimento de modo a permitir uma interação qualificada pelo respeito e consideração do outro e pela distribuição equitativa de bens (materiais e morais) que leve em conta as efetivas contribuições de cada um no/para o conflito.

Discutiu-se, ainda por que as pessoas cooperam e como motivá-las à cooperação e ao entendimento, a partir do gerenciamento de emoções e das percepções de justiça.

1 ENTRE RETRIBUIÇÕES E RESTAURAÇÕES: DOS ACORDOS COERCITIVOS ÀS MEDIAÇÕES RESTAURATIVAS

A mediação restaurativa representa um novo padrão de pensamento, um novo paradigma de justiça, uma nova lente por meio da qual o crime e as formas de resposta a ele precisam ser observados. Por meio de processos de negociação, a concretização do resultado justo (equitativo) seria alcançada pelas próprias partes, a partir do reconhecimento da legitimidade do outro para o debate e de considerações que envolvem uma análise de direitos, interesses, necessidades e sentimentos envolvidos, com auxílio de um mediador.

Cuida-se de um modelo de administração de conflitos que substitui o tratamento impessoal dos casos criminais que alimentam as varas criminais – no sentido de distante do problema e das emoções e interesses reais das partes –, por uma forma de tratamento imparcial que incentiva as partes a contarem seus problemas, levarem em consideração todos os pontos de vista e proporem soluções situacionalmente adequadas, mesmo sem saber como fazê-lo de maneira correta⁷⁵.

A introdução de espaços de mediação restaurativa aparentemente tem a intenção, ao menos discursivamente, de corrigir algumas distorções no modelo tradicional de administração de conflitos, na medida em que sinaliza um desapego às formas jurídicas, às formas padronizadas de resolver as situações problemáticas⁷⁶, observadas, por exemplo, nos Juizados Especiais Criminais (JECRIMs), bem como ao poder de impor sanções coercitivas sem ouvir as perspectivas das partes envolvidas.

Para evitar conflitos com essa nova forma de fazer justiça, certamente os operadores jurídicos terão dois caminhos: ocultarem suas ideologias e o fato de não compartilharem a novidade, a fim de discretamente sabotarem as mudanças que colocam em risco a onipotência legalista e do profissional do direito; ou, ainda, abrirem-se a novas racionalizações que suscitem os benefícios da informalização e

⁷⁵ No processo tradicional, ao contrário, o autorreconhecimento do insulto é bloqueado pela dessensibilização burocrática e à custa dos envolvidos no conflito real (CARDOSO DE OLIVEIRA, 2004a; 2008; 2010; BAUMAN, 1998)

⁷⁶ Saporì (2012) denomina esse processo de *justiça de linha de montagem*. As ocorrências são tratadas, assim, como componentes de uma determinada categoria sujeita a determinado programa de ação e não enquanto individualidades. Para aprofundar a discussão, ver Barbosa (2014).

lhes permitam subsistirem dentro do âmbito de poder que se achem inseridos (ZAFFARONI, 1995).

Nesse sentido, a preocupação com a análise das práticas de informalização da justiça é justamente o ambiente aparentemente desfavorável em que essas se inserem e que potencialmente põe a lógica desburocratizante em uma perfeita cilada.

A dúvida que se coloca, portanto, é: como fazer funcionar e operar uma mudança de uma lógica ritualística de produções padronizadas de acordos penais em favor de uma negociação entre particulares?⁷⁷.

Além disso, como etapa do processo institucional de administração de conflitos, as práticas restaurativas eventualmente compartilham alguns dos problemas já experimentados pelos JECRIMs. O primeiro é o fato de que os conflitos são registrados, classificados e processados nas delegacias como conflitos penais. Referidos conflitos, assim, recebem o tratamento estigmatizante e etiquetador na porta de entrada do sistema de justiça. Um trabalho importante a ser realizado nas práticas restaurativas é recontextualizar ou ressignificar esses conflitos em termos menos destrutivos no processo de argumentação (AGUILÓ-REGLA, 2015).

O segundo problema é que, na impossibilidade de obtenção de uma solução consensuada, a questão segue o fluxo natural e estará sujeita às mesmas práticas problemáticas já verificadas por ocasião da transação penal. Nesse sentido, o ofensor precisa levar em conta o seguinte: ou negocia com a vítima ou negocia com o Estado. E essa opção precisa ficar clara desde o início, sob pena de se comprometer a própria compreensão do instituto e da qualidade do tratamento institucional que deve ser dado ao conflito.

Ressalta-se, contudo, que, a despeito dos problemas, um modelo de justiça retributiva e preventiva, centrado na verdade e na punição/tratamento, pode e deve conviver harmoniosamente com um modelo reconstrutivo ou dialógico que possibilite o consenso antes que a recriação ou reforço do dissenso, já suscitado pelo conflito (DALY, 2000).

⁷⁷ Não se pode esquecer, ademais, que a justiça restaurativa não abre mão de suas próprias rotinas, rituais e profissionais especializados (facilitadores), responsáveis por formar um ambiente apropriado para mediação, por meio da preparação do ambiente, identificação de quem deveria fazer parte da discussão (convite, intimação), conexão e preparação dos participantes para aceitar o procedimento, coordenação do tempo de fala igual para cada um, incentivo e encorajamento à produção de soluções e confecção um acordo escrito como resultado do entendimento.

De um ponto de visto político, contudo, o incentivo às formas de reconciliação demanda mais que apoio mútuo, solidariedade, cooperação e fomento ao perdão. Há que se mudar a estrutura das instituições, as práticas sociais e as formas de reparação (GRISWOLD, 2007). A abertura para o consenso no processo não pode ser vista tão somente com uma regra procedimental de argumentação ou discurso cooperativo e harmonioso, mas como uma prática integrativa que leva em conta a igualdade de respeito e de direitos para o todo indivíduo (justiça) e os aspectos de solidariedade e preocupação com o bem do outro (HABERMAS, 1992; 2012).

1.1 JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS: UMA TENTATIVA (FRUSTRADA) DE NEGOCIAÇÃO PENAL

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 98⁷⁸, estabeleceu a necessidade de criação de órgão jurisdicionais com a função específica de lidar com as causas ou litígios cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo⁷⁹, por meio de procedimentos orais, rituais sumaríssimos e a aplicação de instrumentos jurídicos de negociação das consequências do delito, como a conciliação, a transação penal e a suspensão condicional do processo.

De um modo geral, os Juizados Especiais, instituídos pela Lei n.º 9.099/95, foram desenhados com o objetivo de (GRINOVER et al., 2005):

- a) desburocratizar a justiça por meio da informalização do processo e da adoção de instrumentos alternativos de administração dos conflitos, como a conciliação;
- b) prestar um serviço jurisdicional mais célere e eficiente, como consequência da previsão de ritos abreviados e mecanismos de negociação, como a transação penal;
- c) ampliar o acesso dos chamados jurisdicionados aos serviços estatais de justiça (todos que podem estar sujeitos à imposição de uma decisão judicial);

⁷⁸ Constituição Federal de 1988, Art. 98. A União, no Distrito Federal e Territórios, e os Estados criarão: I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau.

⁷⁹ A complexidade das demandas é definida, principalmente, pelo valor da causa, que é de até 40 salários mínimos no âmbito da Justiça Estadual e de até 60 salários mínimos no âmbito da Justiça Federal. No que diz respeito à ofensividade das causas penais, o critério de aferição e atribuição de competência é, em regra, o tamanho da pena máxima prevista para o crime, de até 2 anos.

- d) diminuir a prescrição;
- e) reduzir o movimento forense em razão da prestação de respostas mais rápidas pelo Estado;
- f) favorecer a ressocialização do autor do fato em face de soluções menos estigmatizantes e associadas à não reincidência

Para dar conta dessas finalidades, o processo perante os JECRIMs deve observar os critérios de oralidade (prevalência da palavra oral como meio de comunicação, com uma resolução de conflitos pautada no diálogo entre as partes conflitantes), da simplicidade (acesso mais simples da demanda conflituosa ao Judiciário, além da simplificação de procedimentos), da informalidade (não há formas procedimentais rígidas e preestabelecidas para a resolução de conflitos), da economia processual (redução de atos procedimentais e menor consumo possível das atividades jurisdicionais), e da celeridade (resposta mais rápida aos problemas que chegam ao Judiciário), com o objetivo de, sempre que possível, permitir a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade (LIMA, 2014).

No campo dos conflitos penais, a ideia dos Juizados Especiais Criminais acenava como uma esperança de modernização e democratização da justiça pública (WUNDERLICH, 2004). Nesse compasso, foram previstas uma série de medidas de simplificação procedimental e despenalizadoras, como a substituição do inquérito policial pelo termo circunstanciado, como a composição civil dos danos (art. 74), transação penal (art. 76), obrigatoriedade de representação nos crimes de lesões corporais (art. 88) e suspensão condicional do processo (art. 89) (SANCHES, 2006).

Essa nova estrutura procedimental, que consubstancia a tentativa de informalização de parte da justiça, representa uma mitigação da ideia central que orienta o processo penal brasileiro: de que fazer justiça corresponde a produzir verdades (BARBOSA, 2014). Em termos políticos criminais, toda a ideia de culpabilização, sustentada em um processo de reconstrução de verdades históricas que objetiva demonstrar práticas ilícitas que ofenderam a ordem legal, dá lugar à objetividade de se poder transacionar em torno da decisão de litigar e da possibilidade de aceitação, desde logo, pelo autor, de uma penalidade – restrição de direitos ou multa – proposta pelo órgão de acusação⁸⁰.

⁸⁰ Ressalta-se que a oficialidade da persecução havia naturalizado o caráter instrumental do processo penal em relação ao ordenamento jurídico, resumida no princípio *nulla poena sine iudicio* (não há

Consoante mencionado, o princípio da obrigatoriedade penal ou legalidade processual, conjugado com o princípio da verdade processual, não permite, em regra, uma negociação em torno do objeto do conflito penal institucionalizado. Ao menos não em termos formais ou oficiais (KANT DE LIMA, 1995a). De acordo com referidos princípios, no modelo de justiça criminal brasileiro as agências estatais não têm, em princípio, a oportunidade ou discricionariedade de avaliar um fato aparentemente criminoso e decidir ou não por iniciar ou encerrar a persecução penal. Há sempre que se ter, em tese, uma posição ou decisão sobre a verdade. Na essência, justiça e verdade são faces da mesma moeda. Justiça verdadeira é aquela em que se prova a verdade para aplicar uma punição (BARBOSA, 2014).

Todavia, os Juizados Especiais Criminais excepcionam essa lógica até então hegemônica do sistema da justiça, fundada na obrigatoriedade e na legalidade. Vigora nos JECRIM um princípio de obrigatoriedade denominada regulada ou regrada (GRINOVER et al., 2005; NUCCI, 2007), que autoriza o uso de mecanismos de negociação penal.

A suspensão condicional do processo e a transação penal são consideradas pela lei e pela jurisprudência mecanismos que inibem ou facultam o exercício da ação penal e todos os encargos probatórios dela derivados. Com isso, permite-se a resolução antecipada do processo por meio da submissão consentida a sanções padronizadas⁸¹. No âmbito dos Juizados Especiais Criminais, porém, o acusador público não negocia com a verdade, como ocorre, por exemplo, em sistemas que admitem formas de barganhas menos restritas⁸², mas apenas com a aplicação da

pena sem juízo), que orienta ideologicamente a administração de justiça em países de tradição civilista como o Brasil (LOPES JUNIOR, 2010). Por esse princípio, a coerção direta ou aplicação direta de sanção de forma impositiva ou por meio de consenso ou aceitação recíproca entre o Estado e o acusado são comumente vedadas pelo direito (FERRAJOLI, 2002). Contudo, Damaska (2014) e Langer (2004) chamam a atenção para as reformas do processo penal pelo mundo que tem culminado com a importação de mecanismos tipicamente afetos à tradição do *common law*, como, por exemplo, mecanismo de negociação penal.

⁸¹ Wunderlich (2004) relata que durante reunião do grupo de trabalho instituído pelo Ministério da Justiça para avaliação dos juizados especiais criminais, ouviu de membros do grupo o relato de realização de audiências coletivas para oferta de propostas de conciliação ou transação. As propostas de conciliação ou transação genéricas eram oferecidas em reunião coletiva, o que desnaturaliza o ideal de conciliação da justiça penal consensual. Há, ainda, casos de audiências a distância, quando as partes residem em cidades diferentes. Nesse caso, a oferta de transação era oferecida por meio de carta precatória, sem que as partes sejam colocadas frente a frente.

⁸² Como, por exemplo, o modelo do *plea bargaining* americano.

pena, desde que admita os fatos narrados no termo circunstanciado elaborado pela polícia (KANT DE LIMA et al., 2003)⁸³.

1.1.1 Da ressignificação dos conflitos

É possível afirmar que muitos dos objetivos previstos não foram alcançados com a criação dos JECRIMs, tanto do ponto de vista da eficiência do Estado como da produção de soluções alternativas e consensuais que atenderiam de forma mais equânime às partes envolvidas no conflito. Há inúmeras críticas tanto à forma como ao conteúdo desses juizados especiais destinados a cuidar das *pequenas causas* criminais.

Uma primeira e importante crítica à sumarização dos procedimentos de administração de conflitos diz respeito à vinculação da classificação dos crimes de menor potencial ofensivo apenas com base na quantidade de pena cominada. Tendo em vista que o sistema de penas previsto na legislação penal brasileira não respeita critérios de razoabilidade ou proporcionalidade – na medida em que não adota um critério material para definir a gravidade do delito, como o valor do bem jurídico, por exemplo (CARVALHO, 2005) –, a mera adjetivação do crime como de menor potencial ofensivo, com base na pena abstrata prevista, gera uma série de distorções, seja na mensuração do grau de lesividade da conduta, seja na escolha das formas mais adequadas de reparação.

Além disso, sob o argumento de desburocratizar a justiça criminal, houve incremento ou uma expansão (seletiva) da intervenção penal, sustentada em um pretense modelo de justiça consensuada (KARAM, 2004; 2006). Muitas infrações de menor potencial ofensivo que eram ignoradas ou consideradas insignificantes pelas burocracias judiciárias, em razão de seu baixo grau de lesividade ao direito penal⁸⁴, foram ressignificadas com o advento dos JECRIMs. Em outros termos, pequenos

⁸³ A recente resolução do Conselho Nacional do Ministério Público n. 181/2017, que prevê a atuação seletiva dos membros do Ministério Público em conflitos penais e as inovações sobre negociação penal por meio de delações premiadas ampliaram o leque de negociações em sede penal, como a possibilidade de oferecimento de acordos de não persecução penal que, a meu ver, não encontram amparo sistema jurídico brasileiro. A resolução do CNMP é objeto de questionamento junto ao Supremo Tribunal Federal.

⁸⁴ O Direito Penal deve, de acordo com a corrente que defende um Direito Penal mínimo, ou seja, um direito cuja intervenção deve estar restrita às situações de grave lesão aos bens jurídicos e/ou quando não houver solução fora do direito penal mais adequada e eficiente. Ver, nesse sentido, Ferrajoli (2002); Zaffaroni et al (2006); Baratta (2006).

delitos, que do ponto de vista da relevância institucional, em princípio, não justificariam uma intervenção penal, ganharam visibilidade e passaram a receber tratamento institucional⁸⁵ pelas instâncias oficiais⁸⁶ (BARBOSA, 2014; AZEVEDO, 2001; LIMA, 2014; PRADO, 2005).

Como resultado, houve um aumento do controle social a partir de uma lógica de que crimes de baixa lesividade merecem baixa coercibilidade⁸⁷, bem como devem receber um tratamento punitivo célere e informal. Nesse sentido, os Juizados Especiais se constituíram uma fábrica de admoestações e sanções pecuniárias sem relação com a disputa que deu origem ao conflito oficializado.

1.1.2 Da dissociação entre o dano e a reparação

Para dar cabo do excessivo e aparentemente inesperado volume de casos de menor potencial ofensivo que abarrotariam os órgãos jurisdicionais pelo país, o caminho da desburocratização resultou na banalização da tutela penal e fez com que surgissem as chamadas penas criativas, sem previsão legal, como doação de cestas básicas. Sanções essas que não estão previstas entre o rol de penas restritivas de direitos ou no campo das penas pecuniárias (NUCCI, 2007).

A forma célere e eficiente que os Juizados encontraram para administrar os conflitos foi o estabelecimento de sanções padronizadas na forma de cestas básicas ou prestação de serviços à comunidade que não guardam, em regra, qualquer relação com o aspecto moral da agressão. A consequência, do ponto de vista da pessoa agredida, é a completa desconsideração à sua identidade de vítima, merecedora, portanto, de reparação ou, ainda pior, a geração de sentimento de duplo prejuízo, sobretudo para as vítimas de baixa renda que se sentem duplamente penalizadas por

⁸⁵ Muitos reconhecem que boa parte dessas infrações poderiam ser abonadas ou esquecidas pelo Direito Penal pela sua inutilidade ou tratadas de forma diversa. Contudo, a despeito disso, foram canalizadas para os JECRIMs (MOLINA; GOMES, 2000). Ocorre que os instrumentos de informalização não deveriam servir de obstáculo à discussão sobre a necessária descriminalização de uma série de crimes e contravenções (AZEVEDO, 2005).

⁸⁶ Muitas delas resolvidas de maneira diferenciada (sem a instauração de inquérito) por meio de arranjos informais nas próprias delegacias. O que significa dizer que, de alguma forma, recebiam sim atenção ou consideração institucional (KANT DE LIMA, 1995; BARBOSA, 2014; PRADO, 2005). A diferença é que com o advento dos JECRIM referido tratamento institucional ganhou ares de formalismo, embora se defenda que os juizados são uma forma de informalização.

⁸⁷ De acordo com a Lei n. 9099/95, não se impõe prisão flagrante em casos de crime de menor potencial ofensivo quando o autor do fato é encaminhado imediatamente ao Juizado ou assume o compromisso de comparecer quando convocado (art. 69).

terem de abrir mão de recursos pertinentes a seu sustento em favor de terceiros⁸⁸.

Já do lado do agressor, a percepção é de que a agressão tem um preço (relativamente barato) que pode valer a pena ser pago para descarregar suas frustrações, sobretudo no espaço doméstico (CARDOSO DE OLIVEIRA, 2008)⁸⁹.

Tiveron (2014) confirmou essa dissociação de expectativas (entre o dano e a reparação) em relação ao resultado dos processos em sua pesquisa sobre justiça restaurativa no TJDF. Ela argumenta que os dados confirmam que há uma alta rejeição e descrédito em relação às penas alternativas, de modo geral oferecida de forma indistinta a todos os crimes de menor potencial ofensivo, tais como a indenização pecuniária, a prestação de serviços à comunidade e o pagamento de cestas básicas.

Ocorre que o pagamento em dinheiro ou prestação de serviços comunitários comumente não reflete um sinal de arrependimento, remorso e reconsideração do comportamento, nem é capaz de promover uma reparação simbólica, que represente uma forma de curar o dano emocional causado pela ofensa (RETZINGER; SCHEFF; 1996; VAN STOKKOM, 2002; CARDOSO DE OLIVEIRA, 2010), a partir de um ritual social de respeito, cortesia, arrependimento e perdão (RODGONO, 2008). Nesse sentido, a composição dos danos civis e a transação penal têm sido manejadas mais propriamente como mecanismos de barreira da judicialização penal de conflitos sociais e como uma linha de montagem de aplicação de acordos coercitivos, como reflexo do número elevado de conflitos e a falta de estrutura dos JECRIMs, do que como recursos para produção de soluções consensuais dos conflitos (WUNDERLICH, 2004).

⁸⁸ Além dos custos visíveis e monetizáveis, como as perdas patrimoniais, custos de serviços de saúde física e psicológica, há uma série de custos emocionais que são facilmente subestimados quando se avalia os efeitos do crime sobre as vítimas, como os custos do medo de que o ofensor repita o crime, sentimentos de raiva e angústia e uma perda de confiança das outras pessoas (ZEHR, 2008; STRANG et al., 2006).

⁸⁹ Em algumas situações, a vulgarização dos conflitos e a facilidade de aplicar sanções penais serviram de incentivo à que determinadas situações que mereceriam uma especial atenção institucional, em razão de sua gravidade, como as situações de violência doméstica, recebessem um tratamento inapropriado, como o de sujeitar o agressor a pagar cestas básicas como consequência da agressão (CARDOSO DE OLIVEIRA, 2004; 2008). A Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/2006), contudo, vedou a aplicação da Lei nº 9.099/95 aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista (art. 41), bem como vedou a aplicação de penas de cesta básica ou outras de prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa (art. 17). Essa vedação, todavia, não tem impedido a realização de mediação como uma ferramenta de resolução alternativa de disputas.

Assim, quando de fato acontece a superação da situação problemática existente entre os envolvidos, isso se deve menos à capacidade potencial daqueles mecanismos do que ao esforço pessoal dos interessados, do conciliador, dos advogados, do promotor de justiça e do juiz. Em suma, de maneira mais ou menos consciente ou mais ou menos explícita, os objetivos da lei são considerados atingidos com o “fim do processo” e não com o “fim do conflito” (RIBEIRO, 2016).

1.1.3 Negociação penal ou acordos coercitivos

Ademais, a pretexto de desafogar delegacias e fóruns, referido subsistema excepcionou os princípios do devido processo legal sob o fundamento de dispensar as penas de privação de liberdade (prisão) (KARAM, 2004; REALE JUNIOR, 2008). Com isso, inúmeras incongruências são percebidas na aplicação da lei, consoante aponta Wunderlich:

[...] conciliações impostas às partes, propostas de transação penal quando não há justa causa para o oferecimento de denúncia ou queixa-crime, propostas de transação penal sem qualquer individualização ou obediência à realidade socioeconômica do autor do fato, audiências preliminares realizadas sem a presença de advogados, sem a vítima, sem o representante do ministério público e até sem juiz (2004, p. 6).

Os termos circunstanciados de ocorrência se tornaram um resumo dos fatos e um registro das eventuais testemunhas. Uma vez que a lei prevê a imediata apresentação do autor do fato em juízo para realização da audiência preliminar em que se proporá conciliação ou transação (art. 69 da Lei n. 9.099/95), não há espaço no procedimento para a investigação e detalhamento das circunstâncias do ocorrido e levantamento de elementos de convicção.

A falta de investigação tem levado que os supostos autores do fato sejam chamados em juízo sem que se tenha definido a autoria e materialidade do crime. Não há, portanto, qualquer cotejamento entre a existência do fato e a norma incriminadora. Com isso, na audiência preliminar, a conciliação e transação são propostas sem exame prévio da tipicidade, do elemento subjetivo, da coautoria, da existência de causas de exclusão da antijuridicidade ou da culpabilidade (REALE JUNIOR, 2008)⁹⁰.

⁹⁰ Gomes (2000, p. 1) também adverte sobre a existência de “realização de transação penal em relação a fatos concretos penalmente atípicos” e “a desconsideração das garantias inerentes à imputação objetiva e subjetiva”, além do “absurdo de se formular a proposta de transação penal sem a mínima

Essa forma de administração de conflitos colocou boa parte da seletividade do sistema nas mãos da vítima. Basta que essa se dirija a uma delegacia de polícia e registre a ocorrência de um ilícito para que este dê origem a um termo circunstanciado. Como os termos circunstanciados devem ser obrigatoriamente encaminhados pela polícia para os juizados especiais, o que se vê no que diz respeito aos delitos de menor potencial ofensivo é um protagonismo da vítima/denunciante relacionados à movimentação da máquina judiciária.

A palavra da vítima é suficiente para dar origem a um processo e colocar o *denunciado* frente a frente com um juiz, mesmo que o fato narrado pela vítima seja inexistente ou não retrate a verdade. Como não há apuração prévia da veracidade das afirmações, o suposto autor do fato deve encarar as consequências da imputação sem muitas alternativas (WUNDERLICH, 2004).

A forma que a burocracia judiciária encontrou para corrigir eventuais exageros dos comunicantes de delitos foi o de inventar em alguns Estados mecanismos como a desistência tácita, quando a vítima aparenta desinteresse pelo conflito. As vítimas são intimadas a comparecerem à audiência de conciliação e, caso não compareçam, presume-se uma desistência tácita do direito de representação nas ações públicas condicionadas e, em algumas situações, até mesmo em delitos de ação pública incondicionada. Nesse caso, os processos eram arquivados sem consideração tentativa de conciliação ou resolução da controvérsia (WUNDERLICH, 2004).

No que diz respeito à transação penal, a imposição coercitiva de um acordo é uma questão não apenas de eficiência, no sentido de diminuir o trabalho de persecução criminal, mas também de lógica, no sentido de que qualquer imputação estará fragilizada pela falta de apuração. Assim, as propostas de transação são formuladas na forma *se colar, colou*, ou seja, o fato típico imputado não tem lastro em elementos de prova, mas apenas na declaração do ofendido. Na dúvida se o fato foi praticado ou não pela pessoa que está diante do promotor e do juiz, oferece-se a transação (CHIES, 2002).

O acordo é sempre apresentado como oportunidade para não prosseguir com o processo e se livrar das eventuais consequências mais gravosas de um processo de provas (LIMA, 2014). Porém, esse acordo pressupõe a dispensa de qualquer discussão sobre o mérito da imputação, ou seja, se o acusado de fato cometeu o

descrição do fato típico cometido (para se condenar alguém já não é preciso o processo tradicional, ocorre que agora estão 'dispensando' até a existência de um fato típico)".

ilícito, se o fato é mesmo crime ou se este não está extinto, como ocorre no direito italiano (REALE JUNIOR, 2008). Há, com isso, flagrante coação/pressão para aceitação da transação penal (WUNDERLICH, 2004)⁹¹ sem a discussão da imputação.

Dito de outro modo, nos processos dos JECRIMs de um lado está o acusador público, que não tem nada a perder e usa de todos os recursos coercitivos (ameaças de punições mais severas, por exemplo) para persuadir o réu a aceitar a pena estipulada e poder satisfazer de forma rápida a pretensão punitiva do Estado⁹²; de outro está o réu, que em posição de desvantagem e incerteza deve avaliar e decidir se abre mão da discussão sobre a culpa e aceita uma sanção branda em lugar de correr o risco de uma punição mais rigorosa (KARAM, 2004)⁹³.

Observa-se, ainda, que, se não houver acordo na transação, uma eventual decisão sobre o mérito da questão criminal também ficará privada de qualquer prova do fato pela carência de instrução prévia ou exame prévio da viabilidade da ação (AZEVEDO, 2005).

Azevedo (2005) adverte que a experiência comparada demonstra que seriam alcançados resultados mais efetivos em termos da resolução de conflitos se, para além da denúncia da vítima, também fossem coletados outros indícios de culpabilidade. Porém, observa-se que todo maquinário dos juizados foi construído para facilitar a punição daqueles que infringiram a lei, sem a discussão da culpa.

O objetivo principal dos JECRIMs é evitar o desgaste do processo⁹⁴, isto é, o longo e difícil percurso de construção de verdades imposto pelos princípios do devido

⁹¹ Entre esses instrumentos de coação estão o fato de ter que se submeter ao chamamento de testemunhas para demonstrar sua inocência, de ser constrangido a participar de audiências na condição de réu, de que outras pessoas de sua família percebam que está sendo processado criminalmente, de ter que comunicar seu endereço em caso de alteração e, ainda, de ter que custear os honorários de advogado (já que a defensoria pública, em muitos Estados, ainda está longe do ideal) (WUNDERLICH, 2004, p. 11).

⁹² De fato, o Ministério Público não tem nada a perder. Caso o autor descumpra o acordo, a situação retorna à sua condição anterior, ou seja, o réu estará sujeito à persecução penal, nos termos da súmula vinculante n. 35 do STF: “A homologação da transação penal prevista no artigo 76 da Lei 9.099/1995 não faz coisa julgada material e, descumpridas suas cláusulas, retoma-se a situação anterior, possibilitando-se ao Ministério Público a continuidade da persecução penal mediante oferecimento de denúncia ou requisição de inquérito policial”.

⁹³ Não é de estranhar que um procedimento de tipo inquisitorial, focado em atender os interesses da ordem pública estatal em primeiro lugar, esteja pouco preocupado com questões ligadas à igualdade entre partes. Nos Juizados Especiais Criminais, essa desigualdade é flagrante na transação penal (KANT DE LIMA et al., 2003).

⁹⁴ Na transação penal o suposto autor do fato é constrangido a abrir mão do devido processo legal (PRADO, 2003). O discurso orquestrado em torno da satisfação da vítima e da autonomia das partes teria resultado na supressão de garantias (WUNDERLICH, 2004).

processo legal e da presunção de inocência (KARAM, 2004), em busca da resolução urgente do litígio (REALE JUNIOR, 2008). Economia, informalidade, simplicidade e celeridade são diretrizes que miram não à solução do conflito, mas a aplicação célere e simplificada de uma sanção pré-fixada, que leva em conta critérios econômicos como renda e trabalho ou a predominância do arquivamento por desistência da vítima.

Esse tipo de decisão que aplica as mesmas soluções para casos diferentes reifica o processo de interpretação e aplicação das normas penais e denota um uso ilegítimo do poder. Uso ilegítimo esse que demanda o emprego da força ou coerção na construção de soluções padronizadas, mais que a negociação (CARDOSO DE OLIVEIRA, 1992).

No que se refere à composição dos danos civis, procedimento que antecede à transação penal, o conciliador tem nos Juizados Especiais Criminais uma margem bastante limitada de atuação que não lhe permite ir além do simples esforço de obter uma renúncia ao exercício do direito de queixa ou de representação por parte da vítima ou um acordo de natureza patrimonial, de modo a evitar o prosseguimento do litígio – inclusive na instância cível –, se integralmente satisfeita a pretensão indenizatória nesse momento (RIBEIRO, 2016).

Em outros termos, a lógica judicial da conciliação levada a efeito pelos Juizados de pôr fim ao conflito aciona estratégias e constrangimentos que limitam o âmbito de discussão e equacionamento dos conflitos entre as partes (KANT et al., 2003) e estimula as partes a realizarem acordos forçados (ALVES, 2004)⁹⁵.

1.1.4 JECRIM: uma tentativa frustrada de consenso

É possível afirmar que os Juizados Especiais Criminais pretenderam inaugurar um novo subsistema no sistema processual penal brasileiro: um subsistema de consenso. Todavia, esse modelo pretensamente consensual de justiça fracassou em seus objetivos de pacificação social por diversas razões. Uma delas foi a forte resistência cultural observada nos órgãos jurisdicionais. A falta de preparo e engajamento de operadores do direito, especialmente juízes e promotores, dificultou a utilização adequada dessa forma de justiça consensual (AZEVEDO, 2005).

⁹⁵ Acordos estes, que a despeito de suscitarem consequências penais, como a reincidência, tem um indistigável caráter estigmatizante (PRADO, 2005).

O prestígio de formas escritas, a linguagem técnica e um alto grau de especialização das funções jurídicas também funcionaram como obstáculos à concessão de poder às partes para decidir seus próprios conflitos. Em outros termos, formas consensuais de administração de conflitos que pretendem privatizar o espaço público foram percebidas como riscos à cultura inquisitorial profissionalizada e centralizadora forjada ao longo do tempo (KANT DE LIMA, 1995b; 2008; 2010).

Além do que já foi mencionado acima, duas características que confirmam essa dificuldade de ruptura com a cultura inquisitorial são: a) a atribuição do papel de mediador aos juízes; b) a não possibilidade de aceitação da composição de danos entre as partes.

A despeito da previsão de conciliadores leigos nos JECRIMs, consoante prevê a Lei n. 9.099/95, ressalta-se que desde o início se entendeu que fora da presença do juiz não há acordo possível (GRINOVER et al., 2005)⁹⁶. Essa limitação foi resultado da adaptação das práticas consensuais a partir do modelo decisório, centrado na figura de uma autoridade responsável por resolver o litígio, que atribuiu ao juiz um papel de mediador de conflitos para o qual ele não estava preparado e nem interessado (WATANABE, 2017). O volume excessivo de processos e a pouca importância institucional atribuída aos casos penais de menor potencial ofensivo despertaram pouco interesse nos magistrados em atuar verdadeiramente como mediadores.

Ressalta-se, ainda, que as limitações legais e procedimentais para manejo da lei e a produção de soluções diferenciadas para os conflitos penais também dificultaram a delegação da atribuição de administrar conflitos a pessoas leigas.

A própria não aceitação da possibilidade de composição dos danos civis entre partes nos delitos de ação penal pública incondicionada também é um reflexo da timidez da proposta consensual abraçada pela Lei nº 9.099/95 em termos de comunitarização da justiça pública (SANTOS, 1982). Nesses crimes, não sendo caso de arquivamento, somente caberia a oferta de transação penal (aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa) por parte do Ministério Público (art. 76).

Nesse sentido, observa-se, de um lado, que, por ocasião da criação dos JECRIMs, houve uma relutância em empoderar autor e réu e de ampliar a participação

⁹⁶ Os autores chegam a citar no texto uma decisão do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo que diz expressamente que “acordo firmado sem a presença do juiz é nulo” (GRINOVER et al., 2005, p. 313).

de outras instituições públicas e privadas na administração de conflitos como efeito de um apego excessivo à jurisdição, ou seja, ao poder e autoridade de dizer o direito. De outro, a preocupação maior dos Juizados Especiais Criminais sempre levou em conta a eficiência na administração dos conflitos e não a verdadeira necessidade de pacificação social (WATANABE, 2017).

Com isso, a Lei nº 9.099/95 não foi capaz de criar espaços efetivos de mediação de conflitos que possibilitassem a aproximação e o diálogo aberto e franco entre as partes (AZEVEDO, 2005). A noção de consenso instaurada pelos Juizados Especiais Criminais mais se aparenta com um contrato ou um acordo de vontades entre os órgãos estatais e o autor do fato com o objetivo de: a) evitar a iniciação do processo penal; b) pôr fim de forma célere aos constrangimentos institucionais; e c) substituir as formas de sanção punitivas como modo de resolver o conflito do cidadão com a lei do que propriamente um modelo consensual de solução de conflitos.

Na prática, não houve uma abertura verdadeira às novas formas de administração de conflitos, mas uma simplificação do modelo inquisitorial, na medida em que o procedimento abreviado de aplicação de punições reforça o caráter coercitivo do sistema de justiça penal brasileiro. Ao empregar de mecanismos processuais de negociação impositiva, cuja função é o reconhecimento forçado da culpabilidade como forma de defesa do interesse público (LANGER, 2004)⁹⁷, esse modelo de justiça dispensa práticas consensuais de entendimento e reparação concreta.

Aliás, a partir do estudo de modelos informais de justiça em diferentes contextos, a informalidade pode perfeitamente funcionar como um tipo distinto de coerção, na medida em que facilita a aplicação de sanções (ABEL, 1982). Em muitos sentidos, o consentimento⁹⁸ em situações em que a parte não tem condições de se

⁹⁷ Além da tortura, que ainda sobrevive em alguns lugares como uma prática coercitiva empregada para obter arrependimento e confissão, outras formas mais polidas de coerção para obtenção da verdade ou admissão de culpa ainda fazem parte das práticas cotidianas de administração de conflitos aqui e em outros lugares, como por exemplo, as ações de vigilância, buscas e as prisões cautelares (KANT DE LIMA, 1995a; 2008; BACILA, 2008; MISSE, 2013; BARBOSA, 2014). Alguns ainda sugerem que as delações premiadas também poderiam ser enquadradas como prática coercitivas. Ver, nesse sentido, Kant de Lima e Mouzinho, 2016.

⁹⁸ A partir de análise sobre o consentimento em processos de negociação juizados de pequenas causas nos EUA (Small Courts), McEwen e Maimam (1984) afirmam que, em muitas situações, as partes são incapazes de recusar o acordo, o que resulta na aceitação de penas não merecidas.

opor à acusação pode ser altamente constrangedor e resultar na obrigação de aceitar punições não merecidas⁹⁹.

1.2 POR UM MODELO RESTAURATIVO DE JUSTIÇA

Marshall (2018) formulou uma definição sobre justiça restaurativa que é comumente repetida em livros e artigos sobre o tema. Para ele, “[...] a justiça restaurativa é um processo por meio do qual todas as partes interessadas em um crime específico se reúnem para solucionar coletivamente como lidar com as consequências da ofensa e suas implicações futuras”¹⁰⁰.

A definição de Marshall sobre a justiça restaurativa enfatiza seu aspecto processual ou condições procedimentais que permitem o entendimento discursivo sobre o conflito¹⁰¹. Nesse sentido, ele fala de um tipo de processo que busca identificar coletivamente uma injustiça e por meio do diálogo e do entendimento corrigir, na medida do possível, o dano¹⁰².

A justiça restaurativa, de um ponto de vista procedimental, rompe com a ideia de ter como produto final do processo uma decisão proferida por um terceiro imparcial, dotado de autoridade e conhecimento especializado (KANT DE LIMA, 1995b; 2008; 2010), para investir na capacidade dialógica das partes em julgarem sua própria causa, após ambas terem se explicado (HOFFE, 2003), e de produzirem um acordo negociado.

⁹⁹ Por meio de um monumental aparato ideológico, comunicou-se as pessoas suspeitas de terem praticado uma infração de menor potencial ofensivo que eles tinham o direito de ser punido por meio de uma pena que não os levaria à prisão (PRADO, 2005).

¹⁰⁰ JACCOUD (2005, p. 169) define a justiça restaurativa com uma forma de “aproximação que privilegia toda forma de ação, individual ou coletiva, visando corrigir as consequências vivenciadas por ocasião de uma infração, a resolução de um conflito ou a reconciliação das partes ligadas a um conflito.

¹⁰¹ De modo claro se percebe que a definição do autor traz consigo duas categorias de discussão aplicadas ao processo de mediação no Brasil: consequências e compromissos futuros. Além dessas duas categorias discursivas, ainda são acionadas no debate categorias como necessidades, responsabilização e reparação.

¹⁰² Braithwaite (2006), todavia, distingue mediação da justiça restaurativa. Para ele, a diferença mais importante entre as duas formas alternativas de resolução de conflitos é que na justiça restaurativa os mediadores/facilitadores não são moralmente neutros na administração das disputas. Justiça restaurativa é sobre corrigir injustiças e não simplesmente mediar um conflito entre duas pessoas. Dessa forma, também não são também moralmente neutros os resultados do processo. Se houve um dano, há que existir uma cura ou reparação. Na justiça restaurativa, dá-se uma oportunidade para aquele que sofreu uma injustiça participe da deliberação sobre o que deve ser feito. Nosso modelo, todavia, associa a técnica de mediação às ideias ou princípios restaurativos de justiça. Nesse sentido, para o âmbito desse trabalho, considera-se a mediação restaurativa como técnica de composição de litígios penais que leva em conta a vontade dos envolvidos e formas alternativas de responsabilização.

Do ponto de vista do procedimento restaurativo, essa noção guarda semelhança com a de tipo ideal coordenado proposto por Damaska (1989), que, diferentemente do processo judicial, enfatiza exatamente a produção de soluções não consistentes ou uniformes na solução do litígio e, também, um desapego à forma, sobretudo à escrita. Nesse modelo proposto pelo autor, a administração de conflitos é atribuída às próprias partes, com o auxílio de oficiais leigos, despidos de autoridade decisória sobre o conflito¹⁰³.

Acontece que, para além dos aspectos procedimentais, a justiça restaurativa tem como pano de fundo um conteúdo substancial que apregoa uma ideia de fraternidade e de restauração dos laços humanos rompidos pelo delito que direciona o debate e a forma de agir dos atores envolvidos para a busca de formas de reparação não punitivas ou que enfatizem a culpa (ZEHR, 2009; BIANCHI, 1994).

Desde as décadas de 1960 e 1970, inúmeros movimentos sociais e políticos pelo mundo têm buscado reverter o modelo hegemônico retributivo de resolução de conflitos, tais como os movimentos de informalização da justiça, abolicionismo penal, movimentos de mulheres e vítimas, movimentos de restituição e criminologia de pacificação, entre outros (ZERNOVA, 2007; LARRAURI, 2000). Todos eles têm em comum a crítica à falta de efetividade do modelo retributivo de justiça de prevenir ou impedir a prática de crimes, bem como de reabilitar ou recuperar os criminosos (MENKEL-MEADOW, 2007; LARRAURI, 2001), na medida em que esse tipo de resposta é considerado ao mesmo tempo eticamente questionável e instrumentalmente ineficiente (WALGRAVE, 2003)¹⁰⁴.

Algumas correntes da justiça restaurativa defendem que a teoria normativa que orienta essa concepção de justiça deveria tornar possível uma articulação entre diferentes perspectivas ou abordagens em relação ao crime, como formas de responsabilização, reabilitação e de promoção da segurança pública em lugar de privilegiar as punições e o encarceramento (BRAITHWAITE; ROCHE, 2001). Com

¹⁰³ Damaska (1989) fala em duas abordagens procedimentais da justiça: uma orientada por um ideal hierárquico; outra, em contraposição, orientada por um ideal coordenado de administração de conflito. No modelo hierárquico, os conflitos são resolvidos por um corpo profissional de agentes públicos, organizados em uma hierarquia de tomada de decisões com base em parâmetros técnicos. Esse ideal assume um sentido forte de ordem e um desejo de uniformidade, por meio da atuação de especialistas motivados por uma ética cooperativa, sustentada no controle hierárquico de cima para baixo e no forte respeito às regras. Sobre esse caráter hierárquico ou piramidal, ver também Kant de Lima (1995b; 2008; 2013).

¹⁰⁴ Salvo concepções que ampliam o espectro da punição para contemplar, também, medidas de compensação e reparação (DALY, 2000).

isso, a justiça pública seria capaz de promover uma *experiência de justiça* mais satisfatória para as vítimas, ofensores e para a comunidade próxima (UMBREIT, 1998). Formas coativas de aplicação da lei somente teriam espaço caso o processo de diálogo e entendimento falhasse.

Assim, de um ponto de vista institucional, a justiça restaurativa foi elaborada em diferentes contextos como um novo serviço oferecido às pessoas em conflito, que inclui rituais e formas de tratamento que sinalizem um reconhecimento institucional da relevância do sofrimento, da necessidade de reparar o mal e de buscar a cura por meio do diálogo. A justiça restaurativa, nesse sentido, é vista como um modo diferente de responder ao crime, que tem o foco na pacificação (entendimento) mais que na disputa (dissenso ou no combate), que se funda no reconhecimento de uma dimensão (inter) subjetiva do conflito mais que uma dimensão objetiva da verdade provada, que pressupõe autorresponsabilização do agente mais que a culpabilização (SANTOS, 1988; GARAPON, 2001; ZEHR, 2008).

Para dar conta disso, a justiça restaurativa sustenta a necessidade de construção de um ambiente ou espaço em que as partes (ofensor e vítima) possam se encontrar frente a frente para explicar os danos materiais ou físicos que sofreram e apresentar suas mágoas e ressentimentos um ao outro¹⁰⁵. Em outras palavras, por meio de ferramentas como a mediação, espera-se uma comunicação direta entre vítima e ofensor, mediada por um facilitador, em um processo que incentiva a compreensão mútua, o reconhecimento da falta com o conseqüente arrependimento e o perdão, bem como a restituição ou pagamento que repare os prejuízos sofridos.

Além disso, pressupõe-se a participação da comunidade próxima afetada pelo crime ou má conduta e um tipo de compromisso de melhor comportamento para o futuro (MENKEL-MEADOW, 2007).

Contudo, uma concepção pública de justiça restaurativa precisa redimensionar e redefinir não apenas as formas jurídicas (normas, técnicas, procedimentos), mas de emprestar outros valores ao modo de administrar conflitos e fornecer uma alternativa para aquelas pessoas não interessadas na punição (SCORN, 2004)¹⁰⁶. Entre as

¹⁰⁵ Por óbvio, há aqueles que sustentam que embora a legitimidade e utilidade da expressão de sentimentos como raiva não seja negada, eles afirmam que abrir espaço para ressentimento pode se tornar contraproducente o encontro restaurativo e que a atitude de perdão ao malfeito deve ser incentivada (VAN STOKKON, 2008).

¹⁰⁶ Em sua pesquisa sobre justiça restaurativa no Distrito Federal, Tiveron (2014) percebeu que a grande maioria das pessoas entrevistadas manifestaram descrença em relação à aplicação de pena de prisão ao ofensor: 83,3% em Planaltina e 97,7% no Núcleo Bandeirante.

principais características da mediação penal, portanto, estão: a) o procedimento fundado na participação voluntária do autor e da vítima; b) a intervenção de uma instância oficial de mediação que visa facilitar a comunicação e garantir segurança dos participantes, mas que não detém autoridade decisória sobre o conflito; c) a existência de um processo comunicacional orientado para a expressão dos sentimentos e necessidades dos intervenientes; d) a procura de uma pacificação do conflito por meio da responsabilização e da reparação (CRUZ SANTOS, 2014).

De maneira idealizada¹⁰⁷, por meio desse procedimento, espera-se que o ofensor reconheça a ofensividade de seus atos, peça desculpas pelo mal causado e repare o dano, enquanto que a vítima deveria perdoar a agressão, além de se sentir segura e reparada (MENKEL-MEADOW, 2007)¹⁰⁸.

Da perspectiva desse trabalho, pretende-se analisar a justiça restaurativa, tanto do ponto de vista do conjunto de valores que expressam como também como um conjunto de práticas ou rituais próprios.

1.2.1 Das concepções de justiça restaurativa

Johnstone e Van Ness (2007) apresentam o que seriam as três principais concepções de justiça restaurativa: a) a concepção do encontro; b) a concepção da reparação; e c) a concepção da transformação.

Referidas concepções dão ênfase a aspectos diferentes no processo de administração do conflito, porém não revelam características necessariamente antagônicas ou excludentes (PALLAMOLA, 2009).

Na concepção do encontro, o que se defende é a necessidade de se promover o encontro entre agressor e vítima como uma forma de permitir a ambas a possibilidade de ter uma experiência ou vivência de justiça (ZEHR, 2008). Nesse sentido, essa concepção sustenta a importância do diálogo aberto e respeitoso mediado para se chegar a um acordo sobre o conflito que satisfaça tanto à vítima como ao ofensor. De um lado, a vítima pode expressar seu sofrimento ou

¹⁰⁷ Do ponto de vista da relação entre justiça e reparação, não há a necessidade de que o agredido perdoe o ofensor, mas que a agressão seja reelaborada no debate e possibilite um tipo de elucidação terapêutica do ofendido, a partir do reconhecimento da ofensa e reparação de direitos prejudicados (CARDOSO OLIVEIRA, 2010).

¹⁰⁸ De um modo idealizado, a justiça restaurativa invoca quatro Rs: reparação, restauração, reconciliação e reintegração de vítimas e agressores uns com outros e com a comunidades, mas que precisam ser qualificados à luz da legitimidade e justiça.

ressentimento em relação à ofensa e, de outro, o agressor pode se conscientizar do dano praticado a partir do contato direto com a vítima (PALLAMOLLA, 2009).

Aliás, experimentar a justiça é algo muito distante da realidade dos atores envolvidos no conflito-base no processo judicial tradicional, sobretudo para vítima, consoante pude discutir em profundidade em outro lugar (BARBOSA, 2014)¹⁰⁹. Mais do que dar uma resposta satisfatória às vítimas, o sistema de justiça teria objetivos mais importantes, que são a prevenção e repressão do delito por meio da ameaça e imposição de sanções¹¹⁰ (ZAFFARONI et al., 2006; DIAS, 1999; 2004; BARATTA, 2006; ANDRADE, 2003; FERRAJOLI, 2002; ROXIN, 1992; 1997). Bem assim, as instituições mantêm e reforçam seu poder de decidir, por meio de critérios por elas estabelecidos sobre quais conflitos serão objeto de consideração institucional.

Na concepção da reparação, entende-se que o dano material ou moral causado à vítima precisa ser reparado. A reparação, material ou simbólica, diretamente à vítima, com ou sem o encontro entre as partes¹¹¹, deveria ser o principal objetivo da justiça em lugar do cárcere ou de outras formas de sanções punitivas. A reparação das perdas da vítima e a assunção do erro ou responsabilidade pelo infrator estão no cerne dessa concepção (GARAPON, 2001; SANTOS, 1988).

A restituição¹¹², consoante argumenta Zehr (2008, p. 182), representa o reconhecimento do “[...] valor ético da vítima, percebendo ainda o papel do ofensor e as possibilidades de arrependimento — assim reconhecendo também o valor do

¹⁰⁹ O argumento para a não sujeição da decisão de perseguir à vontade do ofendido, enquanto característica de sistemas de justiça rigidamente publicizados, como é o nosso caso, é o de que a proteção da vítima requer a intervenção estatal, já que o autor do crime não está frequentemente em condições de reparar o dano ou ressarcir o prejuízo e que punições mais severas protegem mais as vítimas (LARRAURI, 2000).

¹¹⁰ A finalidade repressiva resguarda tão somente o direito do Estado em aplicar o direito de punir, na medida em que ele se apropria do conflito. Sobre a tradição inquisitorial no sistema de justiça criminal brasileiro ver Kant de Lima (2008).

¹¹¹ Autores como Johnstone e Van Ness (2007) defendem que o encontro nesses casos também é indispensável, a fim de que as partes possam negociar o conteúdo da reparação. Contudo, há autores que sustentam que mesmo na impossibilidade do encontro, a reparação deveria ser buscada pelo sistema de justiça em lugar de formas punitivas (PALLAMOLLA, 2009). Voltaremos a essa questão mais adiante.

¹¹² Há autores que promovem uma distinção entre reparação e restituição. Para alguns, a ideia de reparação é mais limitada e estaria vinculada à noção de justiça corretiva (SCHWEIGERT, 2002). Eglash (1958, p. 619) distingue a restituição da reparação como forma de resposta ao crime da seguinte forma: “a) reparation is a financial obligation, restitution is any constructive act; (b) reparation is limited in its extent, restitution is creative and unlimited; (c) reparation is court-determined, restitution is guided, self-determined behavior; and (d) reparation is an individual act, restitution can have a group basis”. Do ponto de vista do que se propõe a justiça restaurativa, entendo que em termos discursivos o que se defende algo mais próximo ao conceito de restituição proposto que o de reparação. Contudo, para âmbito deste trabalho, considerarei os conceitos restituição e reparação como sinônimos.

ofensor”¹¹³.

A concepção da transformação, por sua vez, defende a ideia de que o principal objetivo da justiça restaurativa é transformar a maneira como as pessoas compreendem a si próprias e como se interagem com os outros (PALLAMOLA, 2009). Essa posição está fundada em uma concepção de eticidade que pretende abolir o eu totalmente desvinculado ou desengajado¹¹⁴, em favor de um eu situado (SANDEL, 2005, p. 46), que tem sua identidade constituída comunitariamente na relação com outros membros da comunidade (JOHNSTONE; VAN NESS, 2007).

Em outras palavras, pretende-se eliminar o distanciamento físico e psíquico entre o ato e suas consequências que acaba por anular o significado moral do ato. O processo de dispersão da responsabilidade moral provoca o que Bauman (1998, p. 246) chamou de “desaparecimento do rosto” e a destruição do objeto da ação como pessoa. O burocrata do sistema de justiça criminal trata o conflito que lhe é apresentado como mais um caso e, por conseguinte, invisibiliza e desumaniza a vítima. No contexto de discussão do processo judicial, sentimentos, direitos e interesses não costumam fazer muito sentido¹¹⁵

O objetivo da justiça restaurativa, porém, é reconstruir o universo das obrigações recíprocas derivadas do conflito (CARDOSO DE OLIVEIRA, 2004b; 2008)¹¹⁶. De acordo com essa concepção, o delito deveria ser encarado como uma conduta danosa ou uma situação problemática¹¹⁷ cuja prioridade seria identificar quem sofreu o dano, quais são suas necessidades e como a situação pode ser corrigida ou reparada (PALLAMOLA, 2009).

De modo geral, cada concepção dá ênfase a um tipo de questão sem, contudo, excluir as demais perspectivas. A concepção do encontro empresta maior relevância

¹¹³ Para funcionar adequadamente, essa ideia de reparação precisaria, de alguma forma, ajustar-se ou se incorporar ao sistema dos fins da pena (retribuição e prevenção) enraizado do processo penal (ROXIN, 1992).

¹¹⁴ Essa postura se assemelha à crítica comunitarista de Sandel (2005) que veremos com mais detalhes quando estivermos discutindo a questão da justiça na mediação no capítulo 5.

¹¹⁵ As ocorrências policiais são tratadas como casos ou BO a serem manuseados. Os indicadores de eficiência são medidos em termos de diligências efetuadas, com ou sem resolução do conflito.

¹¹⁶ Cardoso de Oliveira (2004) chamou a atenção sobre a fecundidade da análise empírica das obrigações morais a partir das discussões sobre obrigações recíprocas realizadas por Malinoski e o conceito dádiva de Mauss. Embora Caillé (1998) sustente que a obrigação de dar, receber e retribuir (dádiva) se manifeste adequadamente apenas no âmbito da sociabilidade primária (que considera a relação entre pessoas) e não secundária (que abrangeria a relação entre instituições e pessoas), entendemos que a linguagem da dádiva, ou das obrigações recíprocas, podem ser utilizadas na análise da relação entre o Estado e a vítima no processo de administração de conflitos.

¹¹⁷ Para usar uma expressão de Hulsman e Celis (1993)

ao procedimento (ou método) e elege como critério independente para a aferição da justiça pelo procedimento a satisfação de ambas as partes. Porém, como todo procedimento é imperfeito, mesmo que se observem todas as regras ou condições de um discurso franco e aberto, nem sempre as partes sairão plenamente satisfeitas de um encontro restaurativo. Desencontros razoáveis podem ocorrer mesmo em situações de discurso aparentemente ideais (RAWLS, 2005; ALEXY, 2009). Além disso, é preciso diferenciar compromissos verdadeiros de pseudocompromissos, sendo estes “[...] os acordos nos quais a particularidade dos interesses é tomada como dada (acriticamente), ou chega-se a um acordo sem equilíbrio de poder” (CARDOSO DE OLIVEIRA, 1989, p. 118).

Nesse espaço, portanto, é muito interessante a distinção de Cardoso de Oliveira entre dois tipos de acordos mediados: acordos equânimes e compromissos barganhados. Enquanto o primeiro tipo de acordo demonstra um alto grau de consideração, reconhecimento e atendimento às demandas dos litigantes, tendo como base o equacionamento de problemas de correção (normativa), os compromissos barganhados refletem um indisfarçável déficit de significado, representado por uma compreensão limitada da causa em pauta e pela falta de enfrentamento das pendências de ordem normativa e valorativa que inviabilizam qualquer tentativa de substantivação do acordo. Compromissos barganhados são caracterizados:

[...] pela ênfase numa orientação mais estratégica onde a principal preocupação das partes está na obtenção do maior ganho possível dentro das circunstâncias, ou, pelo menos, na consecução de um acordo minimamente razoável na balança das perdas e ganhos potenciais (CARDOSO DE OLIVEIRA, 1995, p. 14).

Além disso, consiste um erro, a meu ver, dar tanta ênfase à necessidade de satisfação de ambas as partes com a qualidade do procedimento, sobretudo no âmbito de conflitos penais. É preciso não confundir a satisfação com o procedimento com a satisfação com o resultado (reparação) ou mesmo qualidade da interação (no sentido de reconhecer o outro como um interlocutor digno de respeito e consideração). Uma parte pode se sentir confortável em poder dialogar de forma respeitosa e em condições de paridade, de explicar seus motivos e interesses livre de qualquer coerção sem, contudo, considerar o dever de reparar como algo justo. De igual forma, um sujeito ofendido pode entender que foi devidamente tratado com respeito e

consideração¹¹⁸, mas não se sentir satisfeito com a intenção de reparação do ofensor, principalmente quando essa não é acompanhada de demonstrações sinceras de arrependimento e a confiança de que no futuro novas agressões não voltarão a acontecer (VAN STOKKOM, 2002; 2008; DALY, 2000; 2006)¹¹⁹.

Por outro lado, as concepções de reparação e transformação evidenciam maior preocupação com o conteúdo ou resultado restaurativo da justiça, tanto no que diz respeito à necessidade e às formas de reparação, como também em relação à forma de enxergar o outro (responsabilização). Nesse contexto, o grau de equidade (legitimidade) do acordo está diretamente relacionado ao tipo de compromisso firmado entre as partes, sendo que é significativamente maior no âmbito dos acordos equânimes do que aquele obtido no caso dos compromissos barganhados (CARDOSO DE OLIVIERA, 1989; 1995).

Essas ideias de justiça restaurativa, porém, convergem no sentido de lidar de forma diferente com os conflitos classificados como delitos, por meio do incentivo à cooperação e a resolução consensual das disputas, de forma predominantemente reparadora em substituição a formas punitivas ou retributivas (PALLAMOLA, 2009; ZEHR, 2008; GARAPON, 2001).

1.2.2 Um modelo diferenciado de justiça?

A justiça restaurativa no Brasil apresenta algumas características próprias que precisam ser ressaltadas. A primeira delas é que, muito mais do que a influência de movimentos de fora para dentro do sistema de justiça criminal, observa-se um movimento que parte de dentro da própria organização judiciária no sentido de rever o modelo tradicional retributivo de administração de conflitos¹²⁰, inspirado em teorias

¹¹⁸ Zehr (2008) fala que o procedimento oferece a oportunidade de que as vítimas percebam que algo está sendo feito no sentido tentar mudar o comportamento do agressor. Essa percepção está diretamente relacionada à consideração institucional, como uma forma ou nível de reconhecimento.

¹¹⁹ A confiança, de um modo geral, só ocorre entre indivíduos em situações de encontro repetidos, que podem ser rememorados pelos participantes (DASGUPTA, 1988). Na perspectiva dos conflitos em relações de múltiplos vínculos, portanto, a confiança no outro é um elemento essencial. E a quebra ou falta de confiança determina os contornos da relação. Em relações de vínculos simples, em que as partes não se conhecem, a confiança é uma aposta e, por isso, demanda mais convencimento que credibilidade. Consoante veremos, a confiança tem uma forte relação com o procedimento ou com as práticas institucionais e a falta de confiança no outro pode inviabilizar o procedimento. Para cooperar, a pessoa precisa não apenas ter motivos para isso, mas também saber quais as motivações do outro e se este outro é confiável (GAMBETTA, 1988).

¹²⁰ Consoante se observa pelo Manual de Mediadores difundido e utilizado para treinamento pelo Conselho Nacional de Justiça e pelo Ministério da Justiça

e práticas restaurativas importadas de outros países¹²¹.

Em segundo lugar, o objetivo inicial não é diminuir o encarceramento ou tornar mais brando o sistema de punição, mas de gerir melhor os conflitos de menor potencial ofensivo, que são o principal objeto das práticas restaurativas. De forma tímida, ainda, o modelo restaurativo brasileiro pretende equacionar referidos conflitos cotidianos, considerados pelo próprio sistema de justiça como de baixa complexidade, por meio de alternativas que propõem a construção de soluções construídas coletivamente e que levem em conta os interesses e sentimentos dos envolvidos na relação fraturada.

O terceiro ponto é que a justiça restaurativa aqui no Brasil foi instituída como um modelo complementar e não substitutivo do sistema tradicional de administração de conflitos de menor potencial ofensivo ou mesmo dos conflitos mais graves em que as partes envolvidas são chamadas a discutirem de forma conjunta as consequências do ato lesivo ou infração e suas implicações para o futuro.

As práticas de mediação restaurativa podem ser consideradas, portanto uma reforma parcial que pretende incorporar uma nova maneira de lidar com os conflitos dentro do sistema de justiça criminal tradicionalmente vocacionado à construção inquisitorial de verdades (KANT DE LIMA, 1995b; 2008; BARBOSA, 2014). Nesse sentido, pode-se admitir que a justiça restaurativa não é uma alternativa verdadeira às formas mais graves punição ou ao encarceramento, já que os crimes de menor potencial ofensivo não ensejam verdadeiras penas, mas reparações pecuniárias ou prestação de serviços¹²². Para os delitos mais graves, a resposta punitiva ao crime ainda continua sendo considerada indispensável. O que se quer é tentar combiná-la com respostas restaurativas construtivas (VAN STOKKON, 2008)¹²³.

A justiça restaurativa é, certamente, uma forma diferente de responder ao crime, por meio da promoção de condições de entendimento e diálogo entre os conflitantes. Essa abordagem conversacional ou dialógica de responder ao crime contraria o distanciamento e a falta de comunicação entre as partes no processo penal tradicional, em que o acusado comumente fica mudo e a vítima frequentemente está ausente.

¹²¹ Notadamente dos Estados Unidos, Canadá, Nova Zelândia, Austrália, Reino Unido entre outros.

¹²² Sobre a natureza punitiva dessas sanções, mesmo que aplicadas de forma negociada, ver Daly (2000).

¹²³ Por isso, alguns afirmam que a visão de que a justiça restaurativa é uma alternativa à punição é enganosa (JONHSTONE, 2002; VAN STOKKON, 2008). No caso brasileiro, ela se soma às práticas tradicionais ou se aplica apenas a pequenos delitos que já não deveriam ser objeto da tutela penal ou que não recebem tratamento verdadeiramente punitivo.

A justiça restaurativa é uma ideia que desafia a justiça criminal tradicional a partir da identificação de suas potenciais insuficiências (DALY, 2005). Contudo, a justiça restaurativa também tem desafios a superar. Um deles é que as pessoas têm uma série limitada de ideias sobre as possíveis respostas ao crime ou a uma ofensa sofrida. Entre elas estão: a) punir os agressores; b) impedi-los de fazer de novo; c) mantê-los distantes da comunidade; d) ensiná-los uma lição; ou e) ajudá-los a se ajudar.

Para funcionar, a justiça restaurativa precisa retrabalhar alternativas às respostas ao crime, por meio da negociação de valores e sentidos que conectem significativamente e simbolicamente a sanção/resposta/reparação ao dano (DALY, 2000; 2006).

No cerne do procedimento da justiça restaurativa está o poder consentido (pelo Estado representado pelo Poder Judiciário) que autoriza e incentiva que as próprias partes resolvam seus conflitos, dentro de certos limites. O ofendido pode dizer o que deseja como compensação ou reparação e o ofensor tem a possibilidade de assumir sua responsabilidade pelo dano, expressar remorso e arrependimento, bem como corrigir o mal praticado no bojo de um processo com características curativas (ZEHR, 2008). Com isso, a justiça restaurativa propõe a substituição da responsabilidade passiva ou de uma responsabilização negativa, no sentido do cumprimento de uma sanção aplicada por uma autoridade, em razão da infração à lei, por um tipo de responsabilização positiva ou ativa, no sentido de assumir a autoria pelos danos causados e buscar repará-los.

A responsabilidade ativa do ofensor para com o ofendido pressupõe, portanto, uma prestação de contas em relação à ofensa praticada diretamente à pessoa ofendida. Do ponto de vista da justiça restaurativa, a justiça é um negócio não finalizado até que as explicações ou justificativas apresentadas sejam aceitas por aqueles que sofreram a ação injusta (BRAITWAITE, 2006).

É preciso ter em vista, porém, que a responsabilidade passiva permanece como um parâmetro ou referência que possibilita à justiça pública identificar o ofensor que causou ilicitamente um dano e aferir a proporcionalidade da punição merecida, caso ele não assuma ativamente e voluntariamente a responsabilidade pela infração, comprometa-se a reparar o dano e a não praticar novas ofensas. É que resultados equitativos ou proporcionais podem ser difíceis de se obter em situações em que fortes sensibilidades particulares (ressentimento) têm lugar e, por conseguinte, a

compreensão se torna difícil.

A falta de maturidade moral e de empatia podem suscitar em quem litiga um sentimento de vingança incompatível com os parâmetros imparciais de justiça. Isso ocorre porque normalmente a empatia, como elemento moral e social, muitas vezes tem precedência sobre a compreensão (GEERTZ, 1983), além de funcionar como um instrumento de transmissão de referências substantivas próprias de pessoas dignas ou morais (CARDOSO DE OLIVEIRA, 1996)¹²⁴. Nesse caso, o direito penal funciona como um limite da vingança (VAN STOKKOM, 2002; DALY, 2000; 2006; FERRAJOLI, 2002).

Contudo, não se pode ignorar o fato de que a justiça restaurativa, como um procedimento ou uma forma jurídica (UMBREIT, 1998), corre o risco de se tornar uma nova geração de eufemismos corretivos ou de controle social, assim como ocorreu com os Juizados Especiais Criminais, que tentam dar aparência mais justa ou efetiva às atuais práticas de justiça retributiva.

Os valores da justiça restaurativa claramente não cabem muito bem nos valores do modelo de justiça criminal centralizado e formalista, dominado pela técnica jurídica e por especialistas. Nesse sentido, de alguma forma é de se esperar que a justiça restaurativa precise ser domesticada, cooptada, modificada e absorvida pelas instituições de justiça para se adaptar as ideologias vigentes e as formas jurídicas tradicionais (SULLIVAN; TIFFT 2006). Não é de se estranhar se os ideais restaurativos sejam diluídos ou distorcidos dentro do modelo inquisitorial da justiça pública (ZERNOVA, 2007).

Há estudos que demonstram que resoluções de disputas por meio de procedimentos de negociação e mediação também podem apresentar fortes elementos coercitivos, como ausência de flexibilidade na produção de acordos, a pressão para obtenção de soluções consensuais e a própria percepção de que a participação no processo não é verdadeiramente voluntária, mesmo quando esse direito lhe assiste (VIDMAR, 1992; MENKEL-MEADOW, 1991).

Por isso, os críticos da justiça informal entendem que esta aparece, muitas

¹²⁴ A empatia social, porém, pode resultar em situações de desigualdade e desrespeito à pessoa. Entre nós (brasileiros), a classificação do interlocutor no plano moral frequentemente tem precedência, o que resulta em forte prejuízo à dimensão dos direitos. O exercício desses, em grande medida, ficam condicionados em nossa sociedade a manifestações de consideração e deferência. Ou seja, o reconhecimento pleno ou quase pleno de direitos de cidadania depende do reconhecimento prévio da dignidade do interlocutor (CARDOSO DE OLIVEIRA, 1996, 2004b; 2011).

vezes, apenas uma falsa esperança, na medida em que as práticas de justiça informal de resolução de conflitos, mais que empoderar indivíduos e as comunidades, funcionam como uma ampliação das formas de controle do Estado sobre as relações (WOOLFORD; RATNER, 2008)¹²⁵.

De outra sorte, não obstante práticas consensuais de justiça existirem há muito tempo em diferentes sociedades pelo mundo – inclusive no Brasil –, nos locais em que esses processos são usados, eles frequentemente são acompanhados de ameaças de sanções sociais e uma forte pressão comunitária para que os conflitos sejam resolvidos (BOTTOMS, 2003; GLUCKMAN, 1955; BOHANNAN, 1968; SANTOS, 1988).

A intensa participação comunitária, aliás, é ressaltada como algo essencial em diferentes trabalhos que lidam com a justiça restaurativa (UMBREIT, 1998; 2000; ZEHR, 2008; ZERNOVA, 2007). Os mecanismos sociais e institucionais de justiça restaurativa são fortemente dependentes de um tipo de estrutura social ou comunitária que não existe em sociedades urbanas contemporâneas. Estrutura essa que projetaria elementos de poder e coerção informais que tornariam possível a resolução de disputas, tais como relações de parentesco e de vizinhança, uma vez que os disputantes fariam parte de uma mesma comunidade social e moral. Por isso, as propostas da justiça restaurativa em sociedades urbanas atuais devem sempre estar propensas a obter resultados modestos e irregulares em termos de solução consensual de conflitos (BOTTOMS, 2003).

O envolvimento ativo da comunidade na resolução de seus próprios problemas por meio do incentivo ao diálogo e à mediação possibilita que o infrator se arrependa e se corrija. O controle social baseado na condenação informal pela comunidade em relação ao que se considera um desvio ou mal assume, portanto, a forma de uma vergonha reintegradora (BRAITHWAITE, 1989)¹²⁶.

A falta ou a baixa participação comunitária nas práticas de justiça restaurativa operacionalizadas pelo Judiciário pode, seguramente, resultar em um problema de

¹²⁵ O que, no caso brasileiro, aconteceu por ocasião do surgimento dos JECRIMs. Nader (2002, p. 14) ressalta que as formas alternativas de disputas (ADR) também são utilizadas com os propósitos de ampliação do controle social, assim como o processo adversarial no contexto americano.

¹²⁶ A vergonha reintegradora significa tratar o ofensor respeitosamente e empaticamente como uma pessoa boa que cometeu um ato ruim. Ela comunica a desaprovação sobre o ato associada a um contínuo respeito pelo ofensor. Essa ideia tenta romper com a noção estigmatização que o crime provoca e com o tratamento desrespeito do ofensor. O objetivo é fazer especiais esforços para mostrar como malfeito causou efeitos negativos sobre a vítima, sem menosprezar ou estigmatizar negativamente o ofensor (BRAITHWAITE, 1989).

baixa efetividade no que diz respeito à produção de composições, à descrença em relação ao processo de mediação e à prevenção de novos conflitos. À mingua da coerção informal social praticada pela comunidade local, restaria a já conhecida coerção institucional. Contudo, mesmo a coerção institucional, no âmbito das práticas de mediação, funciona apenas em segundo plano. Ou seja, funciona apenas se as partes não quiserem dialogar. A liberdade de trocas (reparação) é incentivada, mas não imposta pelo mediador.

É certo que as práticas restaurativas estão muito distantes de um direito fraterno ou de justiça como amizade dentro da polis (SCHWEIGERT, 1999). Por isso, uma concepção não romantizada da justiça restaurativa deve lidar com as dificuldades de comunicação e entendimento, com as limitações discursivas e com o apego ao ressentimento¹²⁷.

Contudo, também é verdade que a justiça penal não pode abrir mão de um ideal restaurativo que invoque o potencial humano de agir virtuosamente (MACKEY, 1992), no sentido de promover a autoestima da vítima e responsabilização entre ofensores.

1.2.3 Da superação da via de mão única ou mais do mesmo?

Há autores que entendem, contudo, que justiça restaurativa e justiça retributiva/preventiva não são concepções antagônicas, mas complementares, na medida em que essa oposição não pode ser vista como algo empiricamente sustentável. É preciso levar em conta que a eventual reparação restaurativa pode ser considerada uma retribuição pelo mal causado. Além disso, ambas insistem que erros ou malfeitos precisam ser corrigidos¹²⁸. Ambas veem a relação essencial entre justiça e reciprocidade (SCORN, 2004), ainda que moduladas de forma diferente, consoante veremos.

O que aparentemente deveria ser colocado em lados opostos são as práticas de justiça e os propósitos que caracterizam cada procedimento: reparação x punição

¹²⁷ O ressentimento é um tipo de raiva moral mais deliberativa que impulsiva, que incorpora um julgamento sobre a ofensa e o potencial agravamento e/ou mitigação de seus fatores (GRISWOLD, 2007). Ver, sobre a noção de ressentimento nas relações, Strawson (2008), Fassin (2013) e Cardoso de Oliveira (2004; 2008; 2010; 2011). Retomarei à discussão sobre o ressentimento em outro ponto.

¹²⁸ Contudo, a justiça restaurativa prestigia formas não violentas ou coercitivas.

ou reabilitação (DALY, 2000; 2002). No quadro a seguir, podemos ver algumas das convergências e divergências sobre esses modelos de justiça:

Quadro 1 – Modelos de justiça¹²⁹

Retributiva	Preventiva	Restaurativa
O foco está na ofensa	O foco está no ofensor	O foco está na ofensa e no ofensor (e na vítima)
O foco está sobre a culpa relacionada a um comportamento passado	O foco está sobre mudança ou um comportamento futuro	O foco está sobre censurar um comportamento passado e mudar um comportamento futuro
O objetivo é punir o ofensor	O objetivo é tratar ou recuperar o ofensor	Está preocupada com sanções e/ou solução dos conflitos e como fazer coisas corretas em casos individuais
As vítimas estão no perímetro do processo		As vítimas têm um papel central no processo
O processo é caracterizado por uma relação adversarial entre as partes		O processo é caracterizado pelo diálogo e pela negociação entre as partes
O foco é a punição ou tratamento do ofensor		O foco é a reparação do dano entre ofensor e vítima e talvez também entre o ofensor e a comunidade
A comunidade é representada pelo Estado		Membros da comunidade ou organizações assumem um papel mais ativo

Fonte: Elaborado pelo autor.

A meu ver, essas práticas restaurativas experimentadas no contexto brasileiro ainda não encontraram sua verdadeira identidade, ora transitando por concepções que se retraem diante de pretensões de se impor uma censura clara à ofensa, incentivar o arrependimento sincero e o reconhecimento do malfeito em favor de uma composição que ponha fim ao conflito; ora flertando com ideias mais claras de confrontar o ofensor com as consequências de seu ato e de se responsabilizar, que admitem uma associação entre punição e compensação ou reparação.

Contudo, é preciso falar das consequências (sofrimento ou dissabor causado pela ofensa) até mesmo para se saber o que tem que ser restaurado (HARRIS et al.,

¹²⁹ Tabela construída a partir das discussões e posições de Daly (2000; 2002).

2015). A mediação restaurativa não será capaz de alterar esse quadro não apenas se as partes se recusarem ao diálogo, mas também se a questão de direitos cederem espaço demasiado à questão dos interesses. Quando o mediador não chama a atenção para as consequências do crime (passado) e foca apenas em uma visão prospectiva do conflito, ou seja, dirige o olhar das partes para o futuro, pode até haver solidariedade (institucional), mas certamente teremos um déficit de justiça (CARDOSO DE OLIVEIRA, 1989; 1995).

Por outro lado, em que pese no âmbito dos crimes de menor potencial ofensivo, sujeitos ao processamento pelos Juizados Especiais Criminais, o Estado já há algum tempo tenha se desonerado de ter de realizar uma investigação consistente para demonstrar o fato e atribuir culpa – e prossegue dessa forma nos casos submetidos à mediação –, nos crimes violentos, em que culpa relacionada à agressão é essencialmente associada a respostas punitivas, a fase de investigação¹³⁰ continua a ser um elemento importante para a decisão, com os todos os problemas que a dissociação entre contextos de verdade possam resultar na busca de uma solução para o conflito¹³¹.

Essa composição de sistemas de verdade contamina o sistema de justiça criminal com aspectos de inquisitorialidade e seletividade que são difíceis de serem vencidos ou mesmo mitigados sem uma reformulação mais profunda e consistente dos meios de administração de conflitos ((KANT DE LIMA, 1995b; 2008; 2010; BARBOSA, 2014). Essa é uma das razões do porquê o modelo contencioso judicial ainda conserva a centralidade nas formas de administração de conflitos.

Ademais, é preciso ressaltar que o Estado tem um papel central na mediação penal, uma vez que ela é, reconhecidamente, uma etapa complementar ou substitutiva da jurisdição tradicional, que tem como foco a retribuição e prevenção (reabilitação, recuperação). A participação comunitária é ainda muito tímida.

O certo, porém, é que o modelo restaurativo, na forma como está posto institucionalmente, coloca a vítima no centro no processo e enfatiza um tipo de reparação entre o ofensor e vítima, por meio do diálogo e da negociação. As práticas consensuais pressupõem, em alguma medida, o reconhecimento institucional de que os participantes do procedimento são portadores de direitos subjetivos. Direitos esses

¹³⁰ De acordo com Daly (2000), uma das características dos processos restaurativos é dispensar, na maioria das vezes, a fase de investigação preliminar.

¹³¹ Ver, nesse sentido, Kant de Lima (1995b; 2008; 2010).

não de conteúdo penal, na medida em que as partes em conflito não podem aplicar diretamente penas ou impor sua aplicação à autoridade pública.

A possibilidade de resolução de conflitos por meio de acordos revela o reconhecimento, assim, de uma dimensão privada dos conflitos e, por conseguinte, da necessidade de se reparar o dano a uma pessoa em concreto e não de impor uma punição, no mais das vezes vazia de sentido para as pessoas envolvidas (BARBOSA, 2014). O significado e o propósito da “punição” na justiça restaurativa é outro, que não a intencional e deliberada imposição de dor¹³².

É preciso ressaltar, contudo, que, de início, a mediação buscou se afastar dessa ideia de associar a noção de punição aos resultados da justiça restaurativa, em razão das conotações potencialmente negativas que ela causa na mente das pessoas, ligadas à humilhação, ao castigo e à degradação. As formas de negociação dos conflitos na mediação institucional aqui no Brasil proíbem palavras como culpa, castigo, punição, crime em favor do funcionamento do procedimento e da prevenção da estigmatização (GOFFMAN, 2012; BACILA, 2008; DIAS; ANDRADE, 1997).

Contudo, consoante veremos, a despeito do risco inerente à estigmatização que o gerenciamento de sentimentos como culpa, vergonha e remorso podem trazer, afagar excessivamente as frágeis sensibilidades do ofensor pode ser visto como uma negação das pretensões da vítima de ser reconhecida (HARRIS et al., 2015). Do ponto de vista social, importante que a responsabilização ou culpa do agressor tenha um sentido substantivo para o ofendido e a comunidade. Somente assim se pode falar de fato em reparação.

Do ponto de vista vítima, o arrependimento do agressor pode até ser desejável, mas não é essencial para o sucesso da reparação. Contudo, o arrependimento, notadamente quando corretamente motivado, desobriga as equivalências mecânicas, calculáveis, alimenta as relações sociais entre os envolvidos e recupera também a identidade cívica do agressor (GODBOUT, 1998).

Ademais, é possível reconhecer que a mediação penal pode buscar resolver outros problemas por meio de práticas restaurativas, como melhorar o controle social,

¹³² A partir de uma concepção mais ampla de punição, é possível dizer que a compensação e a reparação da vítima são espécies de punição e, por isso, a ideia de punição estaria associada à justiça restaurativa, mesmo que com um significado aparentemente diverso. Muito embora essa diferença possa não ser percebida, principalmente, por quem recebe a sanção (DALY, 2000).

prevenir crimes e a reabilitar criminosos (BRAITHWAITE, 2003), embora esse não seja seu foco principal.

A despeito das práticas de mediação restaurativa serem adotadas tanto no âmbito institucional (Polícias, Ministério Público ou instâncias judiciárias) como no âmbito comunitário e não profissionalizado das organizações da sociedade civil (MENKEL-MEADOW, 2007; ZEHR, 2008; UMBREIT, 1998), particularmente no caso brasileiro, as práticas de mediação restaurativa relacionadas a conflitos de natureza criminal tomaram lugar dentro do Poder Judiciário, como uma etapa do processo judicial. A justiça restaurativa constituiu um programa inserido dentro do sistema de justiça criminal que objetiva possibilitar soluções diferenciadas para os conflitos que minimizem o caráter aflitivo e estigmatizante da aplicação da lei.

A mediação institucional não representa propriamente uma *desinstitucionalização* do conflito ou negação da verdade. Pelo não de uma verdade contextualizada e negociada. Ela apenas permite que um sistema de consenso ou de veracidade compartilhada (em que as soluções são negociadas em um debate supostamente cooperativo e construtivo) preceda e se sobreponha, algumas situações, as soluções (verdades) construídas de forma unilateral ou a partir do dissenso ou da competição em um processo.

No caso brasileiro, a justiça restaurativa foi instituída como um modelo complementar e não substitutivo do sistema tradicional de administração de conflitos, seja no que diz respeito aos delitos de menor potencial ofensivo, seja em relação aos conflitos mais graves, em que as partes envolvidas são chamadas a discutirem de forma conjunta as consequências do ato lesivo ou infração e suas implicações para o futuro.

Esse esclarecimento inicial faz-se importante na medida em que a criação de um espaço institucional de consenso nem sempre supre os interesses e necessidades dos envolvidos na situação concreta de conflito, nem estatais de pacificação das disputas e manutenção da ordem. Por vezes, a abertura ao consenso é inviável (hipótese em que umas partes está ausente ou não quer negociar) e, nesses casos, predomina o interesse pela verdade como um óbice à coerção direta e à arbitrariedade. Além disso, mesmo que haja um espaço de consenso, dificilmente se prescindirá da coatividade do poder. É que reparações e arrependimentos são possibilidades e não imperativos, razão pela qual a intervenção institucional coercitiva constitui suporte indispensável à efetividade da justiça. Um soldado de reserva que

aparece quando as condições procedimentais de justiça são incapazes de assegurar o entendimento.

Em termos de política pública judiciária, do ponto de vista institucional, a mediação de conflitos é percebida como uma forma de ampliação das possibilidades de acesso à justiça e de um filtro da litigiosidade, no sentido de permitir a redução de conflitos a serem ajuizados ou a necessidade de sentença, recursos e execuções judiciais em casos judicializados (WATANABE, 2017). Além disso, possibilita a administração institucional de conflitos de forma mais ágil e efetiva, com maior facilidade de conhecimento, garantia e defesa de direitos, por estar apoiada em métodos de autocomposição voltados à pacificação social.

Aliás, em tese sobre as práticas de conciliação ou mediação de conflitos nos Juizados Especiais Cíveis do Distrito Federal, Vieira (2017, p. 49) apresentou semelhante leitura de que a percepção, pelo menos no campo institucional ou de uma ala da doutrina jurídica, é a de que a criação dos Juizados Especiais no Brasil representou a “[...] abertura do sistema judicial e que dessa abertura resulta uma série de efeitos positivos sobre o a relação entre a sociedade e o sistema de justiça”.

Essa política de diversificação e ampliação das formas de acesso à justiça pode ser vista no Programa Nacional de Direitos Humanos – PNDH – 3, aprovado pelo Decreto nº 7.037/2009, na Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça e na nova lei de mediação (Lei 13.140/2015). Referidos programas seguem uma série de recomendações das Nações Unidas em matéria de justiça restaurativa, que influenciaram legislações e práticas no mundo todo e também no Brasil¹³³.

Aliás, consoante ressalta Vieira (2017), na administração dos conflitos, a dimensão da consideração da cidadania das partes aparece de forma clara em dois grandes momentos. O primeiro é no ingresso do conflito no Poder Judiciário, isto é, na avaliação da cidadania a partir do reconhecimento do conflito como sendo um conflito passível de resolução por uma instância oficial. O segundo, no tratamento

¹³³ O Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas requisitou à Comissão de Prevenção do Crime e de Justiça Criminal, por meio da Resolução 1.999/26, de 28 de julho de 1999, intitulada “Desenvolvimento e Implementação de Medidas de Mediação e Justiça Restaurativa na Justiça Criminal”, que considere a desejável formulação de padrões das Nações Unidas no campo da mediação e da Justiça Restaurativa. Algum tempo depois, na Resolução 2.000/14, de 27 de julho de 2000, o Conselho estabeleceu os “Princípios Básicos para utilização de Programas Restaurativos em Matérias Criminais”. E mais tarde, o mesmo conselho da ONU editou a Resolução nº 2.002/12, na qual ficaram definidos os princípios e as diretrizes básicas para a utilização de programas de Justiça Restaurativa em matéria criminal, norma esta que influenciou vários países a adotarem a metodologia restaurativa ou a aprimorarem os seus programas, inclusive o Brasil. Para um resumo sobre o início das práticas restaurativas no Brasil, ver Orsini e Lara (2013).

institucional que é dado à demanda das partes ao longo do procedimento de administração do conflito.

A criação de unidades de conciliação ou mediação de conflitos no Poder Judiciário segue essa diretriz política de criação de novos espaços de resolução alternativa de conflitos enquanto caminho para fortalecimento e ampliação de justiça e cidadania e a ruptura da cultura da sentença ou da decisão judicial. A ideia é criar diferentes portas ou mecanismos de administração de conflitos a serem selecionados pelas partes e/ou pelos próprios servidores da justiça, consoante o tipo de controvérsia e a adequação do procedimento. A diversificação de procedimentos disponíveis para o tratamento dos conflitos permitiria, em princípio, adotar-se o procedimento aparentemente mais adequado para lidar com cada tipo de conflito.

Uma verdadeira diversificação, contudo, demandaria a criação de novos espaços (fora do Judiciário), assim novas formas ou recursos de administração dos conflitos que não o recurso a lei e aos profissionais do direito, sobretudo em relação a alguns tipos conflitos que digam respeito mais aos próprios cidadãos que ao Estado. Essa a diversificação poderia representar, em alguma medida, a sinalização do compartilhamento de uma mesma comunidade política¹³⁴ pelos cidadãos, uma vez que eles seriam capazes de influir de forma mais direta e incisiva sobre a escolha da forma de resolver suas demandas em relação aos outros.

É preciso ressaltar que o tratamento institucional do problema classificado como delito, nos moldes atuais, já se mostrou excessivamente custoso do ponto de vista institucional e social, consoante observamos pelo próprio funcionamento dos Juizados Especiais Criminais¹³⁵.

¹³⁴ Cumpre ressaltar que o conceito de cidadania e de participação política aqui é limitado, na medida em que o reconhecimento dos atores como participantes do discurso político na mediação é restrito ao âmbito de seus próprios conflitos, razão pela qual os participantes não atuam ou são constrangidos a atuar de modo consequencialista, isto é, não assumem a responsabilidade por suas decisões em relação aos demais membros da comunidade ou concidadãos. Isso ocorre porque prevalece a dimensão ou contexto de justificação moral dos conflitos em lugar das concepções éticas ou comunitárias. Aquilo que é bom para os indivíduos não necessariamente é bom para comunidade, nem a afeta diretamente, mas apenas de forma indireta. Desse modo, uma solução produzida entre as partes, ainda que desagrade o senso comunitário de justiça da comunidade próxima ou distante, deve prevalecer entre os envolvidos, desde que não extrapolem os limites do razoável ou de concepções morais mais abrangentes.

¹³⁵ A ideia de cidadania aqui deveria ir além do que Mendes (2005, p.10) considera como um mínimo jurídico, enquanto "(...) a atribuição de um mínimo de direitos e deveres a todos os que tivessem o vínculo político com o Estado, em razão deste vínculo. Este mínimo, com o tempo, foi sendo ampliado com a atribuição de mais direitos a cada um em função de seu vínculo com o Estado. Assim, a ideia do mínimo jurídico comum a todos os que fazem parte do Estado é inerente à ideia de cidadania, seja qual for o tamanho deste mínimo. "

A participação das próprias partes na escolha do tipo de procedimento ou resposta institucional ou comunitária para o conflito ampliaria as formas de justiça ou mecanismos sociais de administração das disputas e abriria espaço para modelos processuais (procedimentais) que privilegiassem aspectos essenciais da cidadania¹³⁶.

Após essa breve contextualização teórica sobre a justiça restaurativa e algumas de suas possíveis limitações, pretende-se apresentar um pouco da justiça restaurativa de um ponto de vista interno, a partir do exame de suas opções teóricas e práticas em favor da resolução de conflitos.

1.3 TREINANDO O OLHAR: FORMAÇÃO COMO MEDIADOR

Desde que me aventurei a promover diálogos entre o direito e antropologia, percebi a importância da dimensão empírica e simbólica do direito e da necessidade de se ir além das pretensões teóricas ou daquilo que o direito deveria ser. A observação criteriosa do campo e indagação do ponto de vista do nativo permitiria, assim, o enriquecimento tanto de minha perspectiva como pesquisador, como também a elucidação de questões que envolvem o funcionamento real das instituições no processo de administração de conflitos (CARDOSO DE OLIVEIRA, 2007).

Por isso, neste trabalho, procurei articular as perspectivas teóricas com evidências simbólicas do campo de pesquisa, a fim de desvendar os problemas derivados da operacionalização de diferentes estruturas conceituais, lógicas e eticidades nas práticas e rituais de administração de problemas criminais aplicados pela justiça restaurativa. Enfim, deve-se observar os discursos e as práticas adotadas pelo universo de operadores e partes diante de aflições e conflitos que ganham ares de litigiosidade oficial, em um ambiente institucional vocacionado ao encontro e ao entendimento.

Para dar conta dessa tarefa, busquei me inserir como um observador no campo de estudo, por entender que essa imersão seria útil no sentido de me tornar um instrumento privilegiado da pesquisa, capaz de identificar as especificidades dos casos concretos, de produzir por mim mesmo os dados ao ir a campo e deter algum

¹³⁶ Um modelo de cidadania processual, a meu ver, reivindicaria mecanismos, regras e dimensões de justiça que de fato assegurem liberdade, igualdade e reciprocidade no campo de administração. Regras e dimensões essas de exercício da cidadania no campo institucional que servem de parâmetro para o julgamento da qualidade da cidadania em cada país e em cada momento histórico (CARVALHO, 2002; CARDOSO DE OLIVEIRA, 2018).

tipo de autoridade etnográfica no sentido de poder dizer que “[...] eu estive lá, e vi, portanto, posso falar sobre o outro” (CALDEIRA, 1988, p. 134). Em outras palavras, o objetivo é captar, por meio da observação do campo, “evidências simbólicas”¹³⁷ (CARDOSO DE OLIVEIRA, 2007, p.15) ou “resíduos não explicados” (PEIRANO, 1995, p. 15) apreendidos por meio da experiência de convivência que, em alguma medida ou de maneira parcial, pudessem explicar o funcionamento concreto desse espaço alternativo de resolução de conflitos.

Nesse sentido, em 2015, frequentei como aluno o curso de formação de mediadores oferecido pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal (TJDFT) em parceria com a Polícia Civil do Distrito Federal (PCDF).

Minha participação no curso tinha naquele momento três finalidades básicas. A primeira era aprender os conceitos, teorias e técnicas de mediação e conciliação praticadas pela justiça brasileira. A segunda era me habilitar como conciliador ou mediador e atuar como voluntário nos espaços de conciliação e mediação policial a serem criados pela PCDF, a fim de poder realizar uma verdadeira observação participante nos processos submetidos à conciliação/mediação. A terceira era me aproximar dos delegados de polícia que faziam o curso para tentar compreender como eles percebiam o papel da mediação ou conciliação em sede policial e da expectativa deles em relação à implantação centros de mediação na PCDF, no que diz respeito às resistências internas, às dificuldades e aceitabilidade do projeto.

Como o projeto dos centros de mediação da PCDF estava em sua fase inicial (preparação dos mediadores), minha inserção logo no início possibilitaria uma participação ativa e construtiva em todo processo. Contudo, o projeto de mediação penal da PCDF não foi adiante. Resistências internas e dificuldades técnicas impediram a iniciativa de avançar a tempo de me permitir realizar minha pesquisa de campo policial¹³⁸. Assim, a fim de não desperdiçar meu esforço de participação e formação no curso de mediador, nem ter de abandonar minha ideia inicial de pesquisa, que era a de estudar as práticas consensuais de administração de conflitos, mudei

¹³⁷ Cardoso de Oliveira (2007) chama a atenção para importância da distinção entre o material e simbólico na pesquisa antropológica, ressaltando a importância do segundo em relação ao primeiro, na medida em que esta caracteriza de maneira mais forte a pesquisa etnográfica. Ele ainda destaca a natureza empírica e concreta das evidências simbólicas que representam um conhecimento aprendido por meio das percepções do pesquisador ao realizar sua experiência de campo.

¹³⁸ O projeto iniciou sua fase de teste no segundo semestre de 2018, em Planaltina-DF. Contudo, em face das dificuldades de concluir o treinamento de mediadores, a unidade tem funcionado de maneira precária.

meu campo de pesquisa para os espaços de mediação penal em funcionamento no Poder Judiciário¹³⁹.

Irei me ater agora na experiência de preparação como mediador e como o Poder Judiciário tem buscado se reinventar por meio de um discurso remodelado aplicado, principalmente, a conflitos de menor potencial ofensivo. Nesse sentido, pretende-se analisar neste capítulo como o discurso da mediação busca recontextualizar das práticas sociais, por meio da incorporação de novas formas de argumentação, tempo e espaço etc.¹⁴⁰.

O oferecimento de cursos de formação de mediadores deriva da percepção de que iniciativas anteriores de criação de espaços de consenso no Judiciário (JECRIM) podem ter fracassado em razão da falta de preparação dos atores institucionais (juízes, servidores) para atuarem como conciliadores/mediadores¹⁴¹. Por isso, desde que as formas alternativas de resolução de conflitos se tornaram uma política pública judiciária, houve um investimento na preparação de funcionários da justiça para a conciliação¹⁴².

O objetivo é moldar um corpo profissional e leigo para atuar com essas novas formas de gerir conflitos e, conseqüentemente, suprir os déficits da formação acadêmica dos operadores jurídicos que não contempla de forma suficiente a preparação para trabalhar com métodos autocompositivos. A ênfase na formação técnico-burocrática ainda domina os currículos acadêmicos no âmbito do Direito (SANTOS. 2011). De outro, a exigência de treinamento prévio e específico para atuar como mediador denota a percepção de que formas consensuais de resolução de litígios são distintas de formas impositivas ou decisórias.

¹³⁹ O local escolhido foi Centro Judiciário de Justiça Restaurativa de Planaltina – DF – CEJURES-PLA. No CEJURES-PLA procurei aperfeiçoar conceitos e ver, na prática, como os ensinamentos obtidos no curso eram de fato aplicados.

¹⁴⁰ O discurso é uma forma de recontextualização das práticas sociais e fornece uma série de ferramentas para a análise crítica dos discursos (VAN LEEUWEN, 2008). De alguma forma, foram utilizadas, neste capítulo e ao longo do trabalho algumas dessas ferramentas que, a partir da observação de campo (treinamento e observação das audiências) chamaram a atenção por sua relevância como a perspectiva do tempo, do espaço e da construção a argumentação, recontextualização simbólica etc.

¹⁴¹ Azevedo (2001) chamou a atenção para isso quando de sua pesquisa sobre juizados especiais criminais no início dos anos 2000. A formação acadêmica dos magistrados não contemplava a possibilidade de informalização processual e que na fase de implantação da Lei nº 9.099/95 a busca por resultados positivos dependeu do empenho de juízes para assumirem a legislação como um avanço.

¹⁴² Uma das maiores dificuldades para adoção de mecanismos alternativos de resolução disputas no Brasil decorre da própria formação acadêmica do profissional do direito, apoiada em cultura individualista, formalista e competitiva do direito e da gestão dos conflitos. Ver, nesse sentido, Watanabe (2007).

Justamente por ser uma atividade diversa da atividade jurisdicional de aplicar a lei, em termos organizacionais, os mediadores não são juízes e os juízes não são mediadores. Isso significa que os facilitadores não são pessoas institucionalmente comprometidas em decidir, bem como que os juízes, por serem autoridades dotadas de autoridade e conhecimento especializado, não atuam como mediadores. Eles apenas controlam ou dirigem à distância as práticas de mediação.

Os mediadores são, em regra, escolhidos entre servidores do próprio órgão judiciário que demonstram simpatia pelos métodos alternativos de resolução de disputas ou voluntários, geralmente alunos de faculdades de Direito. Os servidores do TJDFT que trabalham com mediação não têm, necessariamente, formação jurídica¹⁴³.

Tanto os funcionários como os voluntários passam pelo treinamento obrigatório instituído pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal para formação de mediadores.

Nos processos de conciliação realizados nos Juizados Especiais Cíveis do TJDFT, o papel de conciliador é exercido, normalmente, por um aluno do curso de Direito (VIEIRA, 2017)¹⁴⁴. No âmbito dos Juizados Especiais Criminais, também identifiquei a participação de estagiários do curso de Direito como mediadores.

Os cursos de mediação têm duração regular de sessenta horas, distribuídas em aulas teóricas e práticas (sessões de conciliação/mediação simuladas). O curso que participei teve a duração de quarenta, distribuídas em duas semanas de treinamento.

O programa do curso é estruturado em duas partes. Na primeira parte, é apresentada uma visão geral, com destaque para os meios adequados para a resolução de conflitos, o papel do terceiro facilitador, o panorama sobre o processo de mediação, a teoria dos jogos e a moderna teoria do conflito e os fundamentos de negociação para mediadores. No campo teórico, são desenvolvidos conceitos, posturas, procedimentos e regras que devem ser observadas na mediação, a partir do manual de Mediação Judicial, desenvolvido em conjunto pelo Conselho Nacional de Justiça e o Ministério da Justiça.

¹⁴³ Durante o treinamento como mediador, aliás, um dos instrutores tinham formação jurídica e a outra formação em ciências sociais (Sociologia).

¹⁴⁴ Em alguns lugares, consoante observou Vieira (2017), o estudante de Direito vai até o Fórum realizar conciliações apenas uma vez por semana e vários estudantes revezam-se ao longo dos dias da semana. Isto é, os conciliadores não são estagiários do Tribunal e não há uma equipe fixa de conciliadores. No campo pesquisado pelo autor, a equipe continha 12 conciliadores com idades entre 22 e 36 anos, sendo a média de 24 anos. A maioria deles não possui outra formação acadêmica e pouca ou nenhuma experiência profissional, seja na área jurídica, seja em outras áreas.

Na segunda parte, é trabalhado o processo de mediação: como se inicia a mediação, como se organizam os debates, a provocação de mudanças proporcionada pela mediação, a resolução de questões e a conclusão da mediação.

O programa do curso foi estruturado da seguinte forma:

a) primeira parte: introdução e visão geral:

- introdução aos meios adequados de resolução de conflitos;
- o terceiro facilitador;
- panorama do processo de mediação;
- teoria dos jogos e a moderna teoria do conflito;
- fundamentos de negociação para mediadores;

b) segunda parte: o processo de mediação:

- início da mediação;
- organização dos debates;
- provocação de mudanças;
- resolução de questões;
- conclusão da mediação.

Como mencionado, na parte prática do curso, o evento de capacitação apresentou uma série de técnicas de mediação de conflitos utilizadas pelo TJDF em centros de mediação e conciliação de conflitos (CEJUSC e CEJURES). Nas aulas práticas, a partir de situações fictícias previamente definidas (casos), os alunos encenavam diferentes papéis nas audiências de mediação ou conciliação, ora como demandantes, ora como demandados.

A encenação seguiu um roteiro ou uma lista de verificação definida para procedimento de mediação, que deve acompanhar o mediador, sobretudo os em treinamento ou menos experientes. O objetivo é orientar o passo a passo que o mediador deve seguir e lembrá-lo de cada um dos aspectos que devem ser ditos às partes quando do desenvolvimento da sessão e, com isso, não o colocar em uma situação delicada caso algum dos passos não seja seguido.

A seguir, pretende-se apresentar algumas das principais noções teóricas e práticas de como a mediação deve funcionar, as quais foram assimiladas durante o curso formação de mediador, bem como aquelas obtidas por meio de pesquisa bibliográfica. Um referencial importante para a discussão do tema será o Manual de Mediação Judicial (BRASIL, 2013; 2016) e as principais referências bibliográficas utilizadas para a construção da obra.

1.3.1 Fluxo de justiça na mediação

Como já mencionado em outro lugar, os casos que chegam as varas dos Juizados Especiais Criminais (JECRIMs) são os resultados dos registros ocorrências efetuados pela Polícia Civil (em regra), por meio de boletim próprio em sistema informatizado. Os conflitos relatados à Polícia Civil, que estão sujeitos à competência judicante do JECRIMs, são os classificados como delitos de menor potencial ofensivo, conforme o enquadramento ou adequação jurídico-legal que o fato requer em face das categorias penais previstas na legislação criminal brasileira.

Após serem recebidas, tratadas e selecionadas pelos JECRIMs, essas ocorrências são enviadas ao CEJURES para se tentar a mediação do conflito. Consoante já ressaltado, os casos que são enviados ao centro de justiça restaurativa são aqueles em que as partes estão previamente identificadas e há a possibilidade de realização de sessões de mediação. Isso depende também do prévio consentimento, livre e espontâneo, de todos os seus participantes.

A mediação é uma etapa ou fase no fluxo dos processos de competência dos Juizados Especiais Criminais. É um processo que tem a pretensão de encerrar de forma conciliatória a disputa por meio de um acordo entre as partes e não por meio da decisão de juiz. No caso de crimes de menor ofensivo, que são a maioria das situações delituosas enfrentadas pela unidade mediação, a audiência de mediação ou conciliação substitui a audiência preliminar prevista no art. 72 da Lei nº. 9.099/95¹⁴⁵.

Já nos casos de crimes comuns graves, em que se verifica a possibilidade de se conjugar a responsabilização criminal à reparação de danos, o juiz da vara criminal encaminha o processo para CEJURES para a realização de audiência de Mediação Vítima-Ofensor (MVO). Consoante já mencionado, o processo principal, nesse caso, fica suspenso até a realização das sessões de MVO, que não tem número mínimo ou máximo, nem período de tempo para ocorrer.

Os processos podem ser encaminhados para os Centros de Justiça Restaurativa pelo juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, da Defensoria Pública, das partes, dos seus Advogados e dos setores Técnicos de Psicologia e

¹⁴⁵ Art. 72. Na audiência preliminar, presente o representante do Ministério Público, o autor do fato e a vítima e, se possível, o responsável civil, acompanhados por seus advogados, o Juiz esclarecerá sobre a possibilidade da composição dos danos e da aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade.

Serviço Social, nos termos do art. 7º da Resolução n. 225 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Quadro 2 – Fluxo de justiça da mediação

Fase ou nível do fluxo de justiça criminal	Participação no processo	Forma no processo penal	Status do autor no fluxo do sistema de justiça
Polícias	Contenção da agressão, prevenção de crimes e redução a termo das narrativas das partes.	Boletim de ocorrência e termo circunstanciado	Autor/vítima
Juizado Especial Criminal	Seleção, registro e encaminhamento para centros de mediação ou conciliação.	Despacho	Autor do fato/vítima
Varas criminais	Decisão sobre o recebimento da denúncia, controle da regularidade procedimental e definição sobre a responsabilidade criminal. Suspensão do processo até tentativa de mediação vítima-ofensor (MVO)	Decisões e sentenças	Réu/condenado/absolvido
CEJURES	Realização de sessões de mediação para composição do litígio ou reparação (MVO). Em caso de impossibilidade, oferecimento de acordos preestabelecidos (transação penal) ou restituição para Vara Criminal para decisão.	Termo de acordo Transação Penal	Participantes Autor do fato
Juizado Especial Criminal	Homologação do acordo.	Decisão	Autor do fato/partes
Varas criminais	Decisão sobre a culpa	Decisão/sentença	Réu/condenado/absolvido
Turmas Recursais Tribunais	Revisão da decisão para manutenção/absolvição e/ou correção de erros	Acórdãos	Recorrente/Recorrido

Fonte: Elaborado pelo autor.

As vantagens das sessões de mediação em relação à audiência preliminar anterior são uma busca efetiva de reparação em lugar da conclusão célere do processo em favor do Estado. O foco sobre a reparação e a reconciliação, bem como a busca de soluções equânimes, sobretudo em situações de agressões recíprocas, supera a tendência anterior de emprestar soluções pré-fabricadas e sem relação com

o fato aos casos submetidos aos JECRIM, além de conferir maior participação à vítima no processo.

As audiências preliminares anteriores eram pouco efetivas em termos de produção de composição de danos, consoante já ressaltado. Por essa razão, praticamente passava-se direto à fase da transação penal, consistente em uma oferta de pena alternativa pré-definida que poderia ou não ser aceita pelo ofensor. Uma pena oferecida diretamente ao autor do fato sem oportunidade de refutação e sem a participação da vítima e fundamentada em critérios de trabalho e renda.

1.3.2 Eixos de análise do processo de mediação

Logo na introdução, deixei claro que não se pretende discutir as diferenças conceituais entre mediação e conciliação. O que me interessa particularmente aqui é o alcance e o papel do mediador no processo, enquanto ator institucional que tem por função facilitar o entendimento e o reconhecimento entre as partes. Em outros termos, pretende-se analisar sua capacidade de tornar a mediação um procedimento adequado para solução de conflitos de natureza penal.

O tipo de meta que orienta a mediação e o papel do mediador no processo (facilitador ou avaliador) são as características determinantes que nos permitem observar e identificar a amplitude do espaço tópico-retórico e compreender que tipo de justiça a mediação institucional consegue entregar.

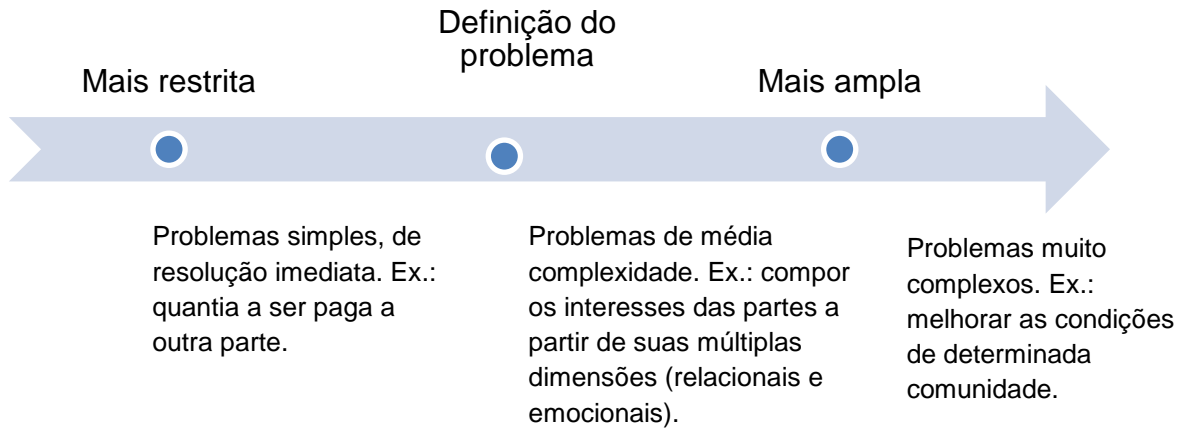
Ademais, a rigidez de tratamento (mais ativa/diretiva ou menos ativa/diretiva) tem reflexos diretos sobre a dimensão procedimental da justiça restaurativa. Por isso, o sistema proposto por Leonard Riskin, importado e adotado no Manual de Mediação Judicial do CNJ/MJ.

Em que pese o modelo de Riskin tenha sido pensado para as mediações realizadas no contexto dos conflitos nos Estados Unidos, referidas ferramentas se apresentam como extremamente úteis para análise do tipo de processo de mediação que o CEJURES adota concretamente. Isso porque as ideias do autor constituem a *doutrina de mediação* que serve de base para formação do mediador no Brasil.

Riskin (1996) propõe dois eixos para análise do processo de mediação. O primeiro é o eixo de metas da mediação. O segundo eixo é o de atividades do mediador. O primeiro eixo mede os tipos de dimensões ou âmbito dos problemas que

a mediação pretende enfrentar e resolver. Cuida basicamente do foco da mediação, ou seja, com quais os problemas que a mediação deverá trabalhar.

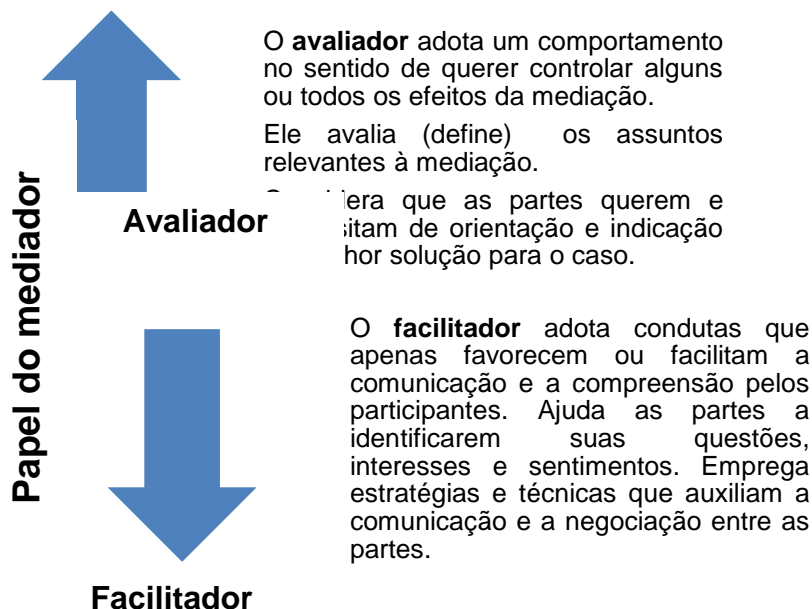
Figura 1 – Eixo 1: metas da mediação



Fonte: Elaborado pelo autor.

O segundo eixo é o das atividades ou metas do mediador. Esse eixo mede o tipo de intervenção e os interesses que o mediador defende ao exercer o seu papel, bem como as estratégias e técnicas utilizadas por ele para resolver o conflito.

Figura 2 – Eixo 2: atividades ou metas do mediador



Fonte: Elaborado pelo autor.

É preciso observar que, mesmo que as metas institucionais que orientam a mediação estejam claramente definidas, o papel desempenhado pelo mediador durante as sessões de mediação tem grande influência sobre o tipo de tratamento que é dado ao conflito, do ponto de vista institucional.

Um mediador que assume uma postura avaliativa tende a estimular ou pressionar as partes a aceitarem um acordo fundamentado em suas posições ou a desenvolver e propor acordos amplos sustentados apenas em interesses (RISKIN, 1996). Ou, ainda, o que é pior, apela para a *compaixão compulsória*, como se o ofendido fosse obrigado a abrir mão de sua dor e ressentimento em favor de um acordo (VAN STOKKOM, 2008). Essa prática nega a legitimidade da dor e do ressentimento e molda a percepção dos atores de que o insulto ou a agressão não merece censura (DALY, 2000).

A consequência de não encarar adequadamente o problema é a desvalorização dos sentimentos da vítima, o incentivo à cooperação enganosa e prejudicial aos direitos. Em que pese possa suscitar uma aparente solidariedade expressada na forma de um acordo, desconsidera os aspectos de justiça atinentes à reparação do dano (resultado).

Na prática, após definido o problema, o mediador avaliativo utiliza como estratégia a conscientização dos participantes sobre os seus interesses e a avaliação dos pontos fortes e fracos de cada lado. Além disso, prevê as dificuldades/consequências dos processos judiciais, de modo a convencer as partes que a mediação é o melhor caminho para resolução do litígio, em detrimento de uma discussão que envolva responsabilização e reparação.

De outra sorte, um mediador que assume uma postura mais ou menos facilitadora, ainda que consciente das dificuldades de encontrar sempre adesão ao procedimento ou de chegar a um resultado equitativo, atua de modo a auxiliar os participantes a identificarem e entenderem o problema, bem como os interesses e sentimentos¹⁴⁶ envolvidos e, a partir daí, a gerarem opções e trocarem propostas baseadas em posições ou interesses (RISKIN, 1996)¹⁴⁷, associadas a posturas morais de respeito e consideração. Seu objetivo deve ser o de moderar, na medida do

¹⁴⁶ Os sentimentos têm relevância quando assumem um papel elucidativo para as demandas (CARDOSO DE OLIVEIRA, 2010).

¹⁴⁷ Como se pode perceber, a posição de Riskin está muito focada em negociações fundadas em interesses e posições, da mesma forma que, por exemplo, Fisher et al. (2014).

possível, a raiva e o ressentimento, sem, contudo, desmerecê-los (VAN STOKKOM, 2008).

Em uma atuação um pouco mais restrita, em que as partes não se mostram dispostas a dialogar ou não compreenderam adequadamente os eventuais benefícios da mediação, o mediador tende a questioná-las sobre o conhecimento acerca das consequências do não acordo e os possíveis desfechos do processo judicial. Já em uma atuação mais ampla, o mediador busca auxiliar os participantes a compreenderem seus interesses e a desenvolverem um acordo amplo apoiado neles (RISKIN, 1996), nos limites do que uma mediação penal permite.

O mediador treinado TJDFT, a partir da doutrina e diretrizes formuladas pelo Conselho Nacional de Justiça, é orientado a assumir uma postura facilitadora. E isso é seguido na prática da mediação.

O que pude perceber no campo é que sempre há por parte do mediador um cuidado em não assumir uma postura avaliativa, no sentido de pressionar as partes a realizarem um acordo ou propor soluções. Costuma-se dizer, e isso ouvi por diversas vezes no campo de pesquisa, que o papel do mediador não é apresentar soluções, e sim agir de forma a estimular as partes a considerarem o desenvolvimento de uma solução para a relação conflituosa.

Contudo, essa postura meramente facilitadora pode ser pouco eficaz no campo penal. A censura ao ato de violência ou insulto e o subsequente (ou simultâneo) sinal de remorso e arrependimento são vistas com pré-condições para um movimento de entendimento entre vítima e agressor (DUFF, 1992; 1996; RETZINGER; SCHEFF, 1996). Porém, é preciso ter em vista que a mediação não lida com questões de prova, além de ignorar eventuais registros inseridos no termo circunstanciado elaborado pela Polícia. Desse modo, como fazer para confrontar o ofensor com as consequências de seus atos e induzir seus sentimentos morais de arrependimento sem que o mediador assuma um papel mais ativo?

Se ele não pode chamar a atenção ou discutir o comportamento do agressor ou mesmo mencionar que sua atitude é um problema, algo que não deveria ter sido feito e, com isso, sinalizar que houve um desrespeito à lei e, principalmente, ao outro, há poucas chances de que o remorso e responsabilização aconteçam (HARRIS et al., 2015).

A meu ver, questões morais não podem ser negligenciadas em favor do acordo. Evidências de campo sugerem que, além de um procedimento justo, uma interação

justa entre os interlocutores é uma pré-condição para a construção de resultados equânimes.

Uma dúvida que surgiu durante a realização do campo de pesquisa é se o mediador poderia suscitar nas partes a ponderação sobre se vale a pena continuar a disputa. Esse questionamento por diversas vezes veio à minha mente. Por que não dizer o que as partes ganham ou perdem com o processo judicial?

É preciso ficar claro que as partes não são obrigadas a participar da sessão e que, caso não desejem prosseguir com a negociação, os autos retornarão à vara judicial competente para ser processado como manda a lei. Todavia, essa faculdade de dispor da mediação em favor de uma decisão judicial nem sempre fica clara às partes logo na sessão de abertura. Por isso, ao longo do processo de mediação, é comum que as partes indaguem sobre as alternativas que têm em relação ao caso.

Pouca importância ainda é dada, a meu ver, ao fato de que o exercício pleno da liberdade e da autonomia nesse espaço discursivo depende do grau de informação que as partes têm sobre o conflito ou sobre a relação, o procedimento e as alternativas para tratamento do problema.

Um componente essencial de um procedimento justo são explicações ou prestação de contas. Além disso, a informação é fundamental para uma tomada de decisão consciente. Uma solução justa, assim, não depende apenas do tipo de resultado ou de um tratamento com respeito e consideração, mas também o saber como o problema pode ser tratado, as consequências do ato e do procedimento (FOLGER; CROPANZANO, 1998).

A informação ou explicações fornecem racionalidade e suscitam mais tolerância, compreensão, cooperação (razoabilidade) e conformidade, mesmo diante de um resultado desfavorável. As partes tendem a nutrir menos reações negativas e sentimentos de desaprovação, injustiça ou punitividade quando recebem explicações claras, adequadas e honestas (SHAPIRO, 1991).

Isso ocorre porque a liberdade (subjéctiva) de ação precisa ser entendida aqui em termos amplos, no sentido de que as partes podem simplesmente se recusar a participar do procedimento, a argumentar ou prestar contas. Em outros termos, a autonomia assegura, no âmbito do procedimento institucionalmente legitimado, a recusa ao diálogo e à colaboração.

Durante uma das minhas visitas ao CEJURES-PLA, questionei diretamente a um dos mediadores até que ponto o mediador poderia explicar para as partes as

alternativas e eventuais custos e benefícios de cada escolha, sem comprometer sua imparcialidade ou dirigir a decisão da parte.

O mediador, com experiência tanto em mediações cíveis como penais, ponderou sobre a dificuldade em conciliar as duas coisas e que a eventual orientação poderia ferir a imparcialidade do facilitador. No caso, ele (mediador) correria o risco de assumir um papel avaliativo, no sentido de apontar quem tem razão ou constranger uma das partes a optar por um determinado tipo de procedimento, que não necessariamente seria o melhor para ela.

Argumentei que há várias formas de se dizer isso e que privilegiar a compreensão não compromete a imparcialidade. Ao contrário, reafirma-a. Como atores racionais em um espaço comunicativo e deliberativo, as partes precisam conhecer com exatidão os pontos de vistas conflitantes, os possíveis resultados e as consequências de cada decisão. Em outros termos, se a imparcialidade demanda que todos os pontos de vista sejam contextualizados na situação de aplicação (GUNTHER, 2004)¹⁴⁸, o mediador precisa atuar para auxiliar as partes a construir uma norma situacionalmente adequada ou mesmo recusar o procedimento por sua inadequação.

A escolha de participar ou não da mediação é, ao mesmo tempo, uma escolha moral e racional¹⁴⁹, porque envolve tanto a opção de eventualmente restringir seus interesses em favor do entendimento ou do reconhecimento, como também avaliação de eventuais ganhos e prejuízos com a decisão (GAUTHIER, 1987)¹⁵⁰. A presença de vantagens mútuas é uma condição necessária, embora não suficiente para promover uma aventura cooperativa (RAWLS, 2001). Por isso, a aceitação para participar do procedimento depende de explicações claras em relação a essas eventuais vantagens e não pode estar apoiada na suposição (autoritária) de que negociar é sempre melhor.

Diferentemente do processo judicial, em que a imparcialidade faz sentido na medida em que há uma decisão que atribui a cada um a sua justa parte e que precisa ser justificada em termos de consistência, coerência e adequação¹⁵¹ – assim

¹⁴⁸ A natureza situacional da demanda também é invocada por Cardoso de Oliveira (1989).

¹⁴⁹ Ou moral não menos que racional. Para uma discussão sobre o razoável e o racional, no sentido de que o racional pode e deve contar um conteúdo moral, ver capítulo 5.

¹⁵⁰ Há situações em que o indivíduo precisa decidir ou escolher moralmente antes de decidir racionalmente (GAUTHIER, 1987).

¹⁵¹ Ao declarar o direito em um caso particular, o juiz precisa justificar a solução escolhida entre tantas outras, bem como declarar que o direito proclamado está disponível em todas as situações semelhantes (MACCORMICK, 2008).

entendido o ato de julgar que desempata a disputa –, os pressupostos de equidade, reciprocidade e cooperação que orientam a mediação invocam a inevitável imperfeição da regra jurídica e da necessidade de se atender às condições particulares do conflito (FARAGO, 2004). Por isso, a imparcialidade precisa ser redefinida na mediação como uma posição que procedimentaliza a consideração de pontos de vistas discordantes e potencialmente conciliáveis.

A meu ver, o mediador precisa não apenas convidar as partes a narrarem seus problemas, mas também as despertar para a ideia de responsabilidade e reparação. Esclarecer os pontos de disputa e as possibilidades de acordo de forma clara funciona como um tipo de teste de realidade (*reality-testing*) (McEWEN; MAIMAM, 1984). E isso é, a meu ver, muito difícil sem avaliar o caso, ou seja, sem recorrer a alguma espécie de julgamento, ainda que provisório sobre o conflito. Explicações causais e motivacionais terão lugar durante o debate e poderão mudar as percepções iniciais de quem participa da mediação (partes e mediador).

Esse tipo de atitude avaliativa do conflito faz parte de alguns modelos de justiça restaurativa, sobretudo aqueles que associam reparação e punição (ZEHR, 2009; DALY, 1999). A razão para isso é que há uma tendência das pessoas se esquivarem da responsabilidade pelo fato. Desse modo, elas precisam, de alguma forma, serem chamadas à realidade, a fim de se arrepender e buscar reparar o prejuízo que causaram ao outro.

Esse processo de neutralização da responsabilidade é comum nas práticas tradicionais de administração de conflitos e não é incomum no início das sessões de mediação (DALY, 2000; 2006; VAN STOKKOM, 2002)¹⁵². Por isso, é necessário um esforço no processo de responsabilização.

Em seguida, fomos conversar com a juíza coordenadora do projeto em Planaltina, sobre como os mediadores deveriam proceder. Ela autorizou que as partes fossem esclarecidas de que uma eventual recusa da mediação teria como consequência a devolução do processo para o JECRIM e que dali em diante a parte não teria qualquer influência sobre a solução do caso, que caberia ao promotor e ao juiz resolver a questão com o ofensor/réu.

Conforme prevê o procedimento da Lei nº 9.099/95, a solução jurídica nesses casos é a transação penal, em que o promotor oferece ao autor do fato (réu) uma

¹⁵² O autor de um ato de agressão aciona mecanismos internos de defesa contra a culpa. É o que na criminologia se convencionou chamar de técnicas de neutralização (SYKES; MATZA, 2008).

pena. Durante a discussão, entendeu-se que o esclarecimento não retiraria o caráter imparcial e objetividade da mediação e que não haveria motivo para não o fazer. Ao contrário, as partes poderiam avaliar melhor os custos do processo em termos de reparação de direitos, compreensão e elucidação do conflito.

A mediação, de acordo com a observação feita pela magistrada que coordena o projeto é de fato uma oportunidade para a vítima. E, talvez, a única que ela terá no processo. Se as partes não chegarem a um acordo ou mesmo uma delas se recusar a ir à sessão, o processo é encaminhado para transação penal.

Contudo, a transação é um momento em que somente o autor fala. Cabe a ele decidir se aceita ou não a proposta de transação oferecida pelo promotor, representante do Estado. O acordo não é com a vítima e a consequência da pena alternativa proposta não é algo que beneficia ou está relacionada com ela. Nas palavras dela:

As propostas que são feitas durante a transação, que são em regra pré-definidas, levam em conta duas coisas: se o autor do fato trabalha e quanto ganha. Se trabalha, pode pagar uma ou mais cestas básicas ou outro valor em espécie, que vai depender de quanto lhe sobra de salário. Se não trabalha, pode prestar serviços à comunidade. Não há qualquer consideração sobre culpa ou a responsabilidade do autor. O juiz não quer saber quem tem razão na transação. Ele quer ouvir um sim ou não sobre se o autor aceita ou não a proposta de pena apresentada.

Cumpram ressaltar que, na prática cartorária, juízes e promotores sequer participam das audiências de transação penal. Os acordos de transação penal são pré-definidos e aplicados de forma automática pelos servidores. Não há uma avaliação individualizada do tipo de crime, das circunstâncias ou da conduta do autor ou mesmo avaliação criteriosa da relação ofensa x punição/reparação. Como mencionado, leva-se em conta se o autor trabalha e se tem renda. Em resumo, não é uma questão para o juiz associar a penalidade à reparação.

Isso faz particularmente sentido se a penalidade é destinada a reparar uma lesão à coletividade e não ao indivíduo. O crime é do ponto de vista institucional, em primeiro lugar, um prejuízo social (SBRICCOLI, 2004; ROXIN, 2007; RIPOLLÉS, 2000; 2007b; CHRISTIE, 1977; BECHARA, 2009; HIRSCH, 2007; ESER, 1992; 1998), e as formas de reparação social não têm relação com as necessidades particulares de reparação material ou ético-moral do ofendido.

Essa forma de justiça compensatória (pagamento de cestas básicas ou prestação de serviços), que apresenta uma discrepância entre o que a vítima quer e

o que o Estado se propõe a fornecer, demonstrou ser uma fonte de injustiças, na medida em que desconsidera os direitos, necessidades e sentimentos de quem de fato mereceria uma compensação pelo mal causado.

Em uma das sessões seguintes, o mediador, após resumir para a parte agredida as informações prestadas e identificar as consequências da agressão, suas necessidades e eventuais compromissos futuros que lhe satisfariam, alertou sobre algumas vantagens do processo de mediação em relação ao processo dos JECRIM. Entre elas, a possibilidade de influir diretamente sobre a decisão (no sentido de ter voz e controle), bem como realizar um acordo naquele momento que reparasse seus direitos e atendesse seus interesses. Além disso, alertou que, caso a parte ofendida não concordasse com o procedimento, o processo seria encaminhado para a decisão do juiz.

Nesse momento, o mediador não falou para a parte especificamente sobre os potenciais resultados da transação penal. Solicitou ao advogado que a acompanhava que esclarecesse qual o desfecho mais provável para o processo. O advogado então disse que, provavelmente, a agressora seria condenada a pagar uma cesta básica.

A amplitude o grau de intervenção com que o mediador irá atuar para facilitar o entendimento entre os participantes depende de cada profissional. Ela pode variar de caso para caso, sessão para sessão e é influenciado significativamente pela atitude das partes, o tipo ou complexidade da disputa, consoante se verá.

O mediador é um terceiro facilitador. Cabe a ele presidir a sessão de negociação entre as partes e liderá-las na busca de uma solução. Compete-lhe, entre outras coisas, propor o procedimento, esclarecer as regras e garantir que elas sejam observadas. Ele ainda tem o papel de facilitar a comunicação e legitimar a participação de todas as partes na relação discursiva, assegurando o direito de todos falarem.

O mediador deve atenuar a diferença entre as partes e não pode permitir que uma delas saia prejudicada na mediação. Atenuar as diferenças significa, do ponto de vista do procedimento, zelar pela igualdade de condições das partes. Assim, quando o mediador perceber que uma das partes pode ser prejudicada na formulação de um acordo, em razão da pouca compreensão sobre seus direitos, deve ele aconselhá-la a procurar orientação profissional (BRASIL, 2016)¹⁵³.

¹⁵³ Essa ideia está diretamente relacionada ao que Braithwaite (2003) denominou de princípio da não dominação. O valor de não dominação objetiva prevenir que uma das partes utilize uma eventual condição privilegiada em favor de seus interesses próprios em detrimento do outro. O procedimento, assim, precisa equilibrar a relação e diminuir as diferenças de poderes existentes. O mediador tem,

Um mediador habilidoso deve saber explorar o problema e apresentá-lo aos participantes a partir de diferentes perspectivas. Cabe a ele auxiliar as partes a identificarem as verdadeiras questões e interesses básicos que motivaram o conflito real (e não apenas o oficializado), ainda que isso requeira levar em conta os sentimentos envolvidos, e procurar, por meio de técnicas discursivas, soluções mutuamente satisfatórias. Para isso, o mediador precisa insistir para que as partes falem abertamente sobre o problema (BRASIL, 2016).

Um bom mediador ainda precisa ser um agente da realidade, que auxilia as partes na elaboração de um acordo razoável, equânime e viável. Na perspectiva de um conflito eminentemente patrimonial, em que prepondera a afirmação de interesses, um acordo deve ser passível de execução em caso de inadimplemento. Contudo, essa noção de inadimplemento, enquanto categoria jurídica do Direito Civil (Direito das Obrigações), não se encaixa muito bem nos conflitos penais. A fixação de *obrigações*, em boa parte no campo das atitudes ou compromissos morais, não combina muito bem com o estabelecimento de sanções pecuniárias em caso de descumprimento, nem com o cumprimento compulsório.

Também não pode desobedecer aos parâmetros legais, muito embora os limites autorizados para negociação não estejam consignados em nenhum lugar. Para tanto, necessita questionar os participantes sobre suas eventuais pretensões e chamar-lhes à realidade. Chamar as partes à realidade talvez seja um dos principais desafios do mediador. E, a meu ver, é também uma das funções mais deficientes exercida pelos facilitares, consoante pude verificar na observação do campo.

Medir um acordo insuficiente também não é algo fácil. Todavia, é possível dizer que a execução forçada de um acordo realizado em um processo de mediação indica que ao menos um dos participantes não ficou satisfeito.

1.3.3 O iceberg e as diferentes dimensões do conflito

De modo geral, entende-se que o conflito envolve muitas outras questões para além das reduzidas a termo e explicitadas no termo circunstanciado de ocorrência em termos jurídicos. O escopo da mediação é, portanto, muito mais amplo.

a meu, um papel essencial na garantia da igualdade de condições discursivas e materiais no procedimento, evitando, com isso, que umas das partes seja dominada pela outra.

Por isso, chama-se atenção para a distinção entre a lide sociológica e a lide jurídica, representada pela figura de um iceberg¹⁵⁴.

Figura 3 – Iceberg e o conflito



Fonte: <https://amenteemaravilhosa.com.br/teoria-do-iceberg-nossas-decisoes>

A ideia central é que o conflito real é, muitas vezes, encoberto ou desconsiderado pelas formas jurídicas tradicionais. No processo de redução a termo e classificação do conflito sob o prisma do direito, comumente não há espaço para manifestação de sentimentos e explicitação de interesses. Aliás, no campo penal, o interesse é do Estado e não do indivíduo ofendido, e os sentimentos não são úteis em um processo valorativa ou moralmente neutro.

Por isso, o processo de mediação busca diferenciar as posições, ou seja, aquilo que consta como objeto da disputa judicializada ou o que está na superfície do litígio, das pretensões e sentimentos submersos. Ao se explorar todas as dimensões temáticas da situação conflituosa (direitos, interesses e sentimentos), por meio de uma série de mecanismos discursos operacionalizados no espaço da mediação, pretende-se resolver não apenas o conflito jurídico, mas também o conflito real ou subjacente.

Algo significativo no contexto das audiências de mediação é a reduzida filtragem institucional. Assim, aspectos importantes da disputa na ótica dos litigantes – e não apenas aquilo que o agente estatal julga necessário ou suficiente para formar

¹⁵⁴ A metáfora do iceberg é utilizada como uma técnica que objetiva “*separar a pessoa do problema*”. O objetivo é que as partes esqueçam suas posições (de adversários) interesses aparentes e foquem nos interesses e necessidades que estão submersos. É uma técnica utilizada pela Escola de Mediação de Harvard e inspirou o processo de mediação brasileiro.

convicção e decidir a causa –, muitas vezes sem relevância jurídica, são mencionados e colocados na mesa durante a sessão.

Os fatos narrados não são registrados e catalogados em categorias ou fórmulas jurídicas pelo mediador. O facilitador apenas anota os pontos relevantes narrados livremente pelas partes e, em seguida, devolve a narrativa na versão de uma versão daquilo que entendeu como mais significativo para identificar e descrever o conflito e situar os pontos que merecerão mais atenção. Ou seja, aquilo que para as partes é mais importante que seja discutido e resolvido.

Há justamente uma tentativa de distanciamento das formas e categorias jurídicas (crime/delito, autor/vítima, autor/réu) com o objetivo de não polarizar a disputa.

Em que pese a filtragem institucional ser menor que a verificada no processo penal, limitado por uma série de garantias contra epistemológicas que dificultam ou impedem a produção da verdade (real) que conclui disputa, não é possível dizer que os pontos de discussão não sejam selecionados ou mesmo excluídos da discussão. Como pude observar no campo, há situações em que *o menos é considerado mais* e a limitação dos temas a serem abordados pode viabilizar um acordo com algum potencial restaurativo e que satisfaça, se não todos, mas o principal desejo das partes. É o que se observa, por exemplo, no caso *buzina tira juízo*, que veremos no capítulo 2.

1.3.4 Da arquibancada para o campo

O processo tradicional é caracterizado por uma lógica competitiva. Utilizando-se a metáfora do jogo¹⁵⁵, é uma disputa entre dois adversários em que o resultado é um vencedor e um vencido. Ocorre que, no campo penal, as partes do processo judicial não são as mesmas do conflito real. O ofendido não entra em campo. Ele apenas assiste e torce pelo resultado da arquibancada. O resultado não o afeta diretamente, assim como acontece com qualquer torcedor que simplesmente assiste a uma partida.

¹⁵⁵ Para uma análise das metáforas argumentativas, entre elas a metáfora competitiva ou do jogo, ver Aguiló-Regla (2015). Sobre a aplicação da teoria dos jogos ao processo de administração de conflitos, ver Almeida (2015).

Não se trata, portanto, propriamente de se tentar romper com a lógica competitiva do processo judicial que, aliás, é um jogo que o ofendido não entra em campo, mas apenas assiste e torce como foi dito, mas de se instaurar uma lógica participativa e cooperativa de produção de soluções consensuais. Na prática, espera-se que as partes entendam que o litígio de natureza penal não lhes pertence e concordem em seguir o caminho do diálogo e do entendimento.

À medida que a mediação avança e as sessões individuais e conjuntas são realizadas, os participantes podem se tornar mais dispostos a aprender como negociar, embora, muitas vezes, o grau acentuado de ressentimento, influenciado pela gravidade da agressão, intencionalidade e evitabilidade (EXLINE et al., 2012) dificulte a cooperação, a disponibilidade para a escuta e a tentativa de composição (VAN STOKKOM, 2008), ainda que estejamos diante de explicações claras, honestas e precisas dos agressores (SHAPIRO, 1991)¹⁵⁶.

Por isso, entende-se como importante abordar o conflito para além da sua superfície. Para aplacar a percepção de injustiça da agressão, é preciso ir além do que está nos autos. A lide sociológica, que é o conflito real ou de base, estaria submerso e não poderia ser adequadamente compreendido sem o cotejo de todas as dimensões temáticas do conflito (questões, interesses e sentimentos) (BRASIL, 2016).

A lide sociológica demanda, portanto, um exame do caso além do que foi reduzido a termo, que é a lide jurídica. A lide jurídica ou conflito institucionalizado, que estabelece a relação formalizada/judicializada entre credor x devedor ou autor x vítima, é representada na figura como a ponta do iceberg.

Como exemplo, foi colocado o caso de dois irmãos em que a lide jurídica, judicializada, era clara. Um irmão devia ao outro a quantia de R\$ 3.000,00. O devedor reconhecia a dívida. O credor, porém, sabia que o devedor não podia pagar, mas mesmo assim (e por isso) propôs a ação. Durante as sessões de mediação, pôde-se perceber que, para além da dívida financeira, havia entre eles um grande rancor. Um irmão credor acusava o outro de tentar matar a mãe e havia proposto a ação para se vingar.

¹⁵⁶ Shapiro (1991) alerta que as explicações motivacionais ou causais do fato são moderadas pela gravidade ou severidade da agressão. Quanto maior a severidade do dano experimentado, maior tende a ser o desejo de punição (FOLGER; CROPANZANO, 1998).

A justiça criminal formal não resolve esse tipo de conflito. Não se trata de um caso difícil em termos jurídicos ou fáticos que demande a intervenção de especialistas ou um confronto probatório em um contexto retórico-argumentativo. Não.

Certamente um terceiro imparcial dotado de autoridade poderia dizer qual a solução jurídica para o problema. O conflito aparente certamente dispensaria um juiz *Hércules*¹⁵⁷. Não se trata de um caso de difícil que mereça um grande esforço interpretativo. As premissas do caso estão totalmente dadas:

- a) A deve uma quantia X para B;
- b) o direito prevê que aquele que deve tem a obrigação de pagar, e o credor lesado pode acionar judicialmente o devedor para cumprir essa obrigação;
- c) a decisão ou solução jurídica é que A deve ser condenado a pagar a quantia X a B.

Em termos de comprovação, o devedor confessa a dívida. Contudo, nem mesmo a melhor aplicação do direito seria capaz de solucionar a controvérsia.

De acordo com o instrutor, que foi o mediador do caso, a solução da controvérsia durou meses e demandou a realização de diversas sessões privadas e conjuntas. Vários membros da família foram ouvidos e tentaram intermediar uma conversa franca e desarmada entre os disputantes. Somente após muita conversa e a aplicação de técnicas de mediação, foi possível entender qual era a verdadeira questão que motivava o litígio e, a partir daí, caminhar para tratar interesses e sentimentos envolvidos.

No caso, o forte ressentimento impedia os participantes de revelarem seus verdadeiros interesses e formular pretensões no campo da reparação de direitos. Por isso, a consideração de sentimentos é um veículo ou meio importante para expressão de direitos de caráter ético-moral, tendo como referência atos, atitudes e intenções que afetam a relação entre as partes.

A questão verdadeira estava camuflada e obscurecida por uma demanda monetária que, ao final, se mostrou sem muita importância. Quando os irmãos conseguiram se perdoar das acusações de lado a lado que envolvia a suposta responsabilidade pela morte da mãe, o irmão demandante/credor perdoou também a dívida. Em outros termos, quando houve entendimento sobre a questão subjacente, a questão monetária deixou de ter importância.

¹⁵⁷ Dworkin (2007) utiliza a figura de um juiz *Hércules* para ressaltar a necessidade de um esforço interpretativo que integre o direito e valores comunitários em casos difíceis (hard cases).

Esse caso é um típico exemplo de um conflito familiar, aparentemente banal, que poderia resultar em morte. As partes estavam tão posicionadas em suas convicções de que a disputa deveria ser levada às últimas consequências que foram necessários cuidados especiais com o litígio. Para superar o ressentimento, foi preciso ir fundo na história de vida da família. Muitas pessoas foram ouvidas e tiveram uma participação importante na solução do conflito. Em casos como esse, o envolvimento da comunidade próxima – que congregava familiares e amigos — contribuiu muito para a compreensão do contexto.

A mediação em várias sessões permitiu que as partes e comunidade próxima deixassem aflorar o rancor e o ressentimento que permeava a relação entre os irmãos e permitiu que eles compreendessem exatamente o que os incomodava de verdade. Quando o rancor e o ressentimento explicitados viabilizaram uma nova compreensão do conflito e deram lugar a emoções positivas, abriu-se espaço para a resolução do conflito, inclusive com o perdão da dívida

Cumprir observar que o contraste entre conflito sociológico (conflito-base) e o conflito jurídico (relação processual) é mais acentuado ainda no campo penal, uma vez que a parte ofendida é comumente substituída ou representada pela parte estatal (Ministério Público). O conflito sociológico, no plano das relações interpessoais, é convertido em um conflito jurídico, objeto do processo estatal.

1.3.5 Processos construtivos ou destrutivos de resolução de conflitos

Consoante mencionado anteriormente, um conflito pode ter diferentes origens. Moore (1998) destaca como possíveis origens para o conflito: valores, estruturais, relações, informação e interesse. Conforme o tipo de origem, o conflito pode ser negociável ou de difícil negociação.

De outra sorte, as partes podem apresentar diferentes características quando colocadas frente a frente. Seus valores, motivações, desejos e sentimentos podem não coincidir, e é perfeitamente normal que não coincidam. O tipo de relação que as partes mantêm, as personalidades de cada um, a natureza e circunstâncias das questões relacionadas à ofensa (predominantemente patrimonial, difusa, ideológica, afetiva etc.), a presença de terceiros interessados (parentes, cônjuges etc.) ou não são fatores que influenciam no modo como a sessão de mediação tende a funcionar (HARRIS et al., 2015).

É impossível para o mediador antecipar como as partes vão encarar uma imputação criminal e como vão se portar diante umas das outras. Em algumas situações, as partes adotam uma postura excessivamente combativa, competitiva, em que vencer o outro e vê-lo punido é o objetivo. Em outros contextos, os participantes da mediação podem ser movidos a cooperar para pôr fim ao litígio. Mas, mesmo quando coopera em favor de ganhos mútuos, cada parte conserva seus valores, interesses e aspirações. O interesse em colaborar para uma solução, todavia, não significa que as pessoas se consideram como jogando no mesmo time (BERGER et al., 2003). Ou seja, a colaboração pode estar focada apenas em se livrar de uma disputa ou não ter mais contato com a outra parte.

Nas relações de múltiplos vínculos ou múltiplas dimensões interativas, como relações de vizinhança, familiares, amorosas etc., em que as partes se relacionam de forma íntima e duradoura, o estreitamento do vínculo social sugere uma maior tolerância ou relutância na comunicação dos problemas às instâncias oficiais de controle social e, em caso de conflito, o restabelecimento do vínculo e a manutenção da relação rompida em razão do conflito merece atenção especial na formulação de acordos (SANTOS, 1988; GLUCKMAN, 1955).

Contudo, a superação dessa barreira e o acionamento do poder coercitivo indica um aparente incontornável agravamento do conflito (BAYLEY, 2002; BARBOSA, 2014). Ademais, muitas vezes as partes se utilizam de um conflito litigável em juízo com o objetivo de trazer à tona outros conflitos mais profundos e graves (GLUCKMAN, 1955; SANTOS, 1988; 2015).

Esse objetivo fica claro, por exemplo, no conflito familiar entre a sogra e o genro em que aquela acusou esse de tê-la ofendido verbalmente. O fato levou que a sogra ajuizasse uma ação penal contra o genro em razão da uma ofensa. Ela ajuizou uma ação penal porque estava com raiva, mas o objetivo verdadeiro não era obter uma reparação a sua honra. Em discussões acaloradas, as ofensas verbais costumam ser recíprocas. No caso em particular, era isso que havia ocorrido. Sogra e genro discutiram e se ofenderam mutuamente.

A real intenção da demandante era aumentar o tempo de visita a sua neta, que vivia com seu genro. Ela utilizou uma via transversa (registro da ocorrência policial) para tentar alcançar o objetivo. No fim, as partes conseguiram negociar um acordo em que a avó poderia ver a neta com mais frequência e as ofensas verbais (conflito oficializado) foram perdoadas e esquecidas.

Nesse tipo de conflito, a consequência mais direta, do ponto de vista empírico, é a dificuldade na promoção do diálogo e na produção de um acordo¹⁵⁸, o que não deve inibir o mediador de buscar o dialógico mais construtivo entre as partes. Como já mencionado, a explicitação de questões mais profundas e complexas pode produzir um tipo de acordo mais equânime em virtude de potencial de elaboração simbólica e elucidação terapêutica (CARDOSO DE OLIVEIRA, 2010).

É possível se verificar diferenças de tratamento das vítimas em relação aos agressores em contextos de relações próximas e distantes. Nas chamadas relações de vínculo simples ou único (relações não continuadas), que se estabelecem entre estranhos, haveria uma maior tendência ao apelo de intervenções coercitivas. Ou, ainda, há uma tendência de que as partes envolvidas no conflito apenas interajam competitivamente ou destrutivamente (BLACK, 1971; SAHLINS, 2004).

Embora esse tipo de constatação sempre tenha que ser visto com ressalvas, essa percepção também é compartilhada pela doutrina da mediação (BRASIL, 2016). Durante o treinamento como mediador, o tipo de relação mantido pelas partes é colocado como um fator determinante para cooperação ou competição entre as partes. Assim, em relações continuadas, as soluções que proporcionam maior ganho individual e coletivo seriam decorrentes de ações cooperativas, motivadas pelo interesse na manutenção da relação.

De novo, esse tipo de dicotomia não funciona sempre. É comum que o insulto ou abuso ocorra em relações que interessam. Mas também é preciso levar em consideração que, muitas vezes, mesmo em relações de proximidade, o que as partes desejam não é a reconstrução de uma relação que tem significado, mas o simples estabelecimento de uma relação de decoro, isto é, de uma relação respeitosa entre pessoas que precisam conviver em comunidade¹⁵⁹.

¹⁵⁸ A desorganização social e a fragmentação dos vínculos são comumente apontadas como causa do maior apelo às soluções coercitivas que conciliatórias. Bayley (2002), todavia, critica o papel das relações interpessoais no volume de comunicações de crime, a partir de seus estudos sobre registros de ocorrências de crime nos EUA. A vontade ou falta de vontade de comunicar um problema à Polícia pode estar relacionada as relações interpessoais, mas é difícil dizer como essas diferenças de relacionamentos ou vitalidade dos vínculos influenciam ou podem influenciar um maior ou menor volume de registros em diferentes lugares. Isso faz sentido na medida em que nem sempre as partes têm o controle sobre a comunicação do fato as instâncias oficiais (BARBOSA, 2014; ANDRADE, 1980; REISS JR., 1974).

¹⁵⁹ Duff (2003), aliás, reconhece que muitas vezes a reconciliação plena é impossível, mas que mesmo assim não se pode desprezar o valor de um tipo ou grau de reconciliação que habilite as partes a conviverem em termos moralmente satisfatórios. Além disso, independentemente do tipo de relação em tela, quando trata-se da reparação de insultos à pessoa ou dignidade do interlocutor, as alternativas coercitivas são sempre muito limitadas.

Mesmo que não seja possível ao mediador antecipar o comportamento das partes, examinar o tipo de relação e como as partes se apresentam logo no início da sessão pode sinalizar uma sessão potencialmente produtiva ou não.

Às vezes, os ânimos estão tão exaltados que as partes sequer podem aguardar o início da sessão no mesmo espaço físico, sob o risco de se desentenderem e novas ofensas ocorrerem. São os chamados *casos batizados*¹⁶⁰.

Esse tipo de comportamento já desestimula a realização de sessão inicial conjunta, embora ela possa ser tentada. Nada impede, porém, que o mediador primeiramente ouça as partes de forma separada para, somente após o arrefecimento dos ânimos, tentar uma sessão conjunta. A informalidade do procedimento da mediação possibilita essa flexibilização procedimental e visa evitar o encerramento prematuro da sessão ou mesmo permitir que haja algum tipo de tentativa de conciliação.

Essa maneira de proceder está focada no resultado no processo de mediação. Muitas vezes o comportamento emocional das partes — identificado no campo como um caso batizado — é evitado pelos mediadores por serem considerados uma espécie de comportamento que ameaça a realização de negociações produtivas¹⁶¹. Normalmente, nesses casos, as partes costumam apresentar suas demandas de forma exaltada, em tom de cobrança ou revide. Isso, além de inviabilizar qualquer tentativa de diálogo conjunto, não raro provoca o reavivamento do ressentimento pode suscitar novas agressões.

As práticas de mediação observam de forma cuidadosa dois tipos de atitudes que podem influenciar, positiva ou negativamente, o resultado da mediação. De um lado, há a atitude destrutiva, que é atitude suspeitosa e hostil, com o aumento da prontidão para tirar partido das necessidades do outro e responder negativamente aos seus pedidos. A parte com atitude destrutiva não está preocupada em cooperar para obter uma solução justa para o caso. Seu foco é a competição (vencer o jogo ou derrotar o adversário; provar que tem razão) ou a destruição (destruir o inimigo; desqualificar o outro) (DEUTSCH, 1973; AGUILÓ-REGLA, 2015).

Nesse caso, a postura da parte ofendida representa uma atitude de revide motivada por uma agressão anterior sofrida. Na prática, esse tipo de conduta reproduz

¹⁶⁰ Veremos mais sobre essa categoria quando estivermos falando especificamente do campo.

¹⁶¹ Cardoso de Oliveira (1989; 1995) percebeu algo semelhante ao analisar a mediação em juizados de pequenas causas nos Estados Unidos.

nos espaços de mediação a mesma lógica competitiva e estratégica dos processos contraditórios¹⁶², em que as partes competem para impor seus argumentos e sua verdade (DEUTSCH, 1973; BRASIL, 2016). Ou, pior, assumem um viés destrutivo em que as partes sequer atribuem legitimidade ao outro. O foco recai sobre pessoa e não no problema (objeto) em discussão (AGUILÓ-REGLA, 2015).

Ações destrutivas voltadas à resolução de disputas invocam uma série de percepções e reações prejudiciais ao entendimento. Os participantes, de modo geral, percebem o conflito como uma guerra e que a destruição do outro representa a vitória. Essas relações guardam um significativo ressentimento provocado pelo insulto e expressam esse sentimento em forma de hostilidade, raiva e descuido verbal. A comunicação é comumente difícil e se desenvolve de maneira escassa. E, quando ocorre, pode resultar em novas ofensas. Há uma inclinação para negar a atender de forma benéfica os pedidos da parte contrária. As alegações da parte contrária são consideradas ilegítimas. A relação litigiosa se institui de forma polarizada, entre adversários, e a melhor solução é a coercitiva, já que não há um interesse genuíno na reparação. Todo procedimento gira em torno da análise e prova de fatos, apego às regras formais, atribuição de culpa e repressão de comportamentos. Há a necessidade de que um terceiro centralize a decisão do conflito. Não há abertura para o diálogo (DEUTSCH, 1973).

Do ponto de vista de ações construtivas para resolução de disputas, o interesse está no entendimento, na solução e na paz. As partes estão dispostas a se aproximarem e a dialogarem sobre seus direitos, interesses/necessidades por meio de um processo de gerenciamento de sentimentos. O comportamento tende a ser amigável e aberto a satisfazer, em alguma medida, os pedidos da outra parte. O foco é a resolução do conflito e na produção de uma solução que satisfaça a todos ou de fazerem coisas boas acontecerem (SCHWEIGERT, 2002). A comunicação tende a ser aberta e honesta, com ênfase nas informações relevantes. A conversa é despolarizada e os participantes buscam compreender comportamentos e interesses uns dos outros, a fim de construir de modo conjunto uma norma ou solução concreta para o caso (DEUTSCH, 1973).

¹⁶² Consoante já mencionado aqui, Kant de Lima (1995b; 2008; 2010) dedicou grande parte de seus estudos sobre os processos de administração de conflitos no Brasil a compreender e explicitar a operacionalização dessa lógica competitiva (fundada no dissenso infinito) do processo contraditório.

De acordo com o modelo de “espirais de conflito” proposto por Rubin e Kriesberg (BRASIL, 2013, p. 44), a progressividade ascendente de violência em uma relação conflituosa está diretamente relacionada a um círculo vicioso de ação e reação. Cada reação torna-se mais severa do que a ação que a precedeu e cria uma nova questão ou ponto de disputa. Cito, como exemplo, os casos que denominei “uma palavra mal colocada”.

Um dos principais objetivos da mediação é estimular as partes a compreenderem as condições que determinam se seus conflitos serão resolvidos a partir de ações construtivas ou destrutivas. As concepções, crenças e expectativas que um tem em relação ao outro e o que um acredita ser a visão do outro sobre si precisam ser adequadamente trabalhadas para que as portas do entendimento se abram (DEUTSCH, 1973).

O mediador precisa ficar atento às atitudes destrutivas, que podem impedir que a mediação avance ou mesmo produza maus acordos. Isso não significa que o mediador não deva enfrentar as questões mais difíceis da relação. Muitas vezes, o enfrentamento dessas questões é fundamental para construção de um acordo equânime, na medida em que dá conta de um nível mais completo de satisfação.

Ele apenas precisa ficar atento para atitudes destrutivas que revelem não apenas uma preocupação legítima com direitos ou interesses, mas um comportamento assentado em posições e ressentimentos não devidamente compreendidos e explicitados. Se a parte não abrir mão de confrontar (destruir) o oponente ou inimigo dentro do espaço institucional, esse tipo de atitude destrutiva pode inviabilizar o entendimento recíproco almejado.

Administrar corretamente os sentimentos envolvidos, ou seja, de maneira construtiva, diminui os perigos de estigmatização ou amplificação do conflito ao se acionar emoções como a culpa, vergonha, remorso, compaixão durante o procedimento (TANGNEY, 1991; RETZINGER; SCHEFF, 1996). O principal desafio para a justiça restaurativa, portanto, é como compreender a melhor e a pior forma de gerenciar os inevitáveis efeitos colaterais do manejo desses sentimentos (HARRIS et al., 2015).

Ressalta-se, porém, que o empoderamento das partes no processo de mediação significa, também, não deixar a parte assinar um mau acordo, ser prejudicada em seu direito. Nem sempre isso ocorre de modo satisfatório, e a parte mais fraca pode sair prejudicada. Quando uma parte assume uma posição destrutiva,

há o nítido interesse em tirar proveito da mediação, e, se uma das partes não for bem orientada ou o mediador intervir para prevenir eventual prejuízo, a atitude destrutiva pode macular a mediação/conciliação. É o caso, por exemplo, do contrato de proteção contra perda, furto ou roubo de telefone celular assinado entre a empresa vendedora do aparelho e uma cliente.

Durante a compra de um aparelho celular, a loja ofereceu à cliente um seguro contra perda, furto/roubo do celular. A parte aceitou o serviço e pagou o valor do seguro, com a intenção de se proteger em caso de extravio do aparelho. Alguns dias depois da aquisição do aparelho de celular, a cliente foi assaltada a caminho de casa. No roubo, o ladrão levou seu celular. A vítima registrou ocorrência na polícia e foi até a loja tentar receber o dinheiro do seguro, mas não teve sucesso. A loja disse que não tinha responsabilidade sobre o seguro, que a cliente deveria ler com atenção o contrato e acionar a seguradora:

Eu fui muito mal atendida na loja quando voltei para pedir o seguro. Quando comprei o celular, o vendedor foi muito simpático no atendimento. Porém, quando voltei à loja para reclamar o seguro, ele mal me deu atenção. Disse que não era ele que resolvia e me encaminhou para outra pessoa. Eu achei que a loja iria me dar um celular novo, mas eles disseram que a responsabilidade era da seguradora.

Insatisfeita, a cliente foi até fórum para tentar acionar a empresa no Juizado Especial Cível e tentar receber o dinheiro do seguro. Como estava sem advogado, o próprio servidor que atende no balcão registrou a reclamação da mulher e juntou cópia do contrato de seguro. Contudo, ao registrar o fato, o atendente colocou no polo passivo da demanda, como reclamado, a loja que vendeu o celular. Na audiência, estava sentada de um lado a reclamante e do outro o representante da loja vendedora do celular, que era advogado. Após expor o fato, o representante da loja informou que a responsabilidade pelo seguro era da seguradora X e não da loja. Por coincidência, o advogado da loja também era advogado da seguradora em questão. Durante a sessão, a mulher a todo tempo buscava entender quem era o responsável, mas o advogado, em razão de um conflito de interesses, não podia dizer. Ele manuseava as cópias que trazia, mostrava o contrato, mas não dizia o nome da loja. Ele somente pedia para senhora ler com atenção o contrato e ver o nome da seguradora. O advogado da loja queria que a reclamante desistisse da reclamação em face da empresa, já que a responsabilidade não era dela. O advogado dizia:

A senhora entendeu que a loja não tem responsabilidade. O contrato é claro. A pessoa que fez redigiu o pedido para a senhora na secretaria se enganou e colocou como reclamada a empresa errada. Foi um erro do funcionário e não da senhora. A senhora tem que entrar contra a empresa certa, é a coisa certa a fazer. É só reunir novamente toda a documentação (que ela não tinha em mãos e, por morar longe, era difícil se deslocar até o fórum), e dar entrada em um novo pedido em face da “empresa correta”.

Como a reclamante, visivelmente com pouca instrução, não sabia bem o que fazer, um dos mediadores, percebendo que ela poderia tomar uma decisão ruim, interveio questionando se ela preferia procurar um advogado antes de resolver se devia ou não desistir da ação.

Como as partes podem estar sujeitas a desinformações intencionais ou ações manipuladoras que prejudiquem os seus direitos, os mediadores precisam dar suporte ao procedimento e às partes, inclusive atenuando a diferença entre elas. Contudo, essa atuação não pode comprometer a sua imparcialidade, no sentido de alguém que favorece uma parte em detrimento da outra. Ele não pode examinar/avaliar provas (e dizer quem tem razão) ou direcionar a mediação.

No caso em questão, o mediador não podia dizer se o que o advogado dizia era verdade, ou seja, que a parte acionada (loja) não era a correta. Mesmo tendo os autos nas mãos, ele está impedido pelas regras da mediação/conciliação de dizer se a parte reclamada tinha razão, que de fato ela não era a responsável pela reparação.

O mediador, a todo tempo, dizia que a reclamante não precisava assinar nada, desistir de nada se ela não estivesse segura de sua decisão. Um dos mediadores chegou a sair da sala para ver se não havia um advogado que pudesse orientar a parte reclamante e não deixar que ela tomasse a decisão que não fosse boa para ela, mas não encontrou ninguém.

Aliás, é preciso esclarecer que o mediador ou conciliador não precisa ser formado em Direito. No caso, a mediadora tinha formação jurídica e outro mediador não. Mas, mesmo com formação jurídica, o mediador não pode aconselhar a parte. Esse papel deve ser desempenhado por um advogado privado ou um defensor público.

No final, a mulher foi convencida pelo advogado/preposto da parte reclamada de que o correto a fazer era encerrar o processo e acionar a parte corretamente responsável. Na visão dela, se o representante da empresa, na condição de advogado, dizia que a empresa reclamada não tinha responsabilidade pela

indenização, que houve de fato um erro, aquilo devia ser verdade. Ela ainda disse: “Deve ter ocorrido um erro no preenchimento da reclamação pela secretaria do fórum”.

Ressalta-se que a desistência ainda seria submetida ao juiz responsável pelo processo nos Juizados Especiais, que poderia ou não a homologar.

A noção de imparcialidade praticada na mediação, no caso, impediu uma intervenção mais incisiva por parte dos mediadores, de modo a proteger (orientar) a parte reclamante de uma atitude destrutiva da parte reclamada. Havia uma situação de desigualdade concreta entre as partes que dificilmente poderia ser resolvida sem a intervenção de uma assistência jurídica à parte mais fraca da relação. Como não havia a possibilidade de oferecimento da referida assistência no momento da sessão, a melhor solução, a meu ver, seria o encaminhamento do caso para decisão por parte do juiz.

De fato, há estudos que revelam que as formas alternativas de resolução de disputas expandem, em lugar de reduzir, as desvantagens da parte hipossuficiente, sobretudo em conflitos domésticos e disputas locatícias¹⁶³. O agravamento estaria relacionado justamente à postura de imparcialidade (como não intervenção) dos mediadores, mesmo em situações de disparidade de forças entre os participantes.

Por mais que a imparcialidade tenha por objetivo assegurar que as partes resolvam seus próprios conflitos, ela também pode, invariavelmente, expressar valores e confirmar vantagens que possam existir e, assim, fortalecer o poder de barganha de quem se encontra em posição de superioridade. Embora os direitos colocados de lado na negociação possam favorecer o diálogo, eles deixam de proteger o indivíduo mais vulnerável de eventuais acordos prejudiciais (CHASE, 2014). Resultados derivados do abandono de direitos (ou da justiça) em favor de acordos que põe fim ao conflito tendem a ser menos satisfatórios para quem abre mão deles, consoante veremos no capítulo 5.

Independentemente do rigor na tentativa de se assegurar igualdade no procedimento e da voluntariedade de participação dos envolvidos, o fato de pessoas diferentes se encontrarem em situações diferentes basta, em alguns momentos, para que assimetrias materiais de poder e conhecimento apareçam na discussão (SANDEL, 2005). No caso dos conflitos interpessoais institucionalizados, referidas assimetrias podem ser manejadas para evitar a obrigação de reparar o prejuízo ou

¹⁶³ Ver, nesse sentido, o alerta de Grillo (1991) sobre a aplicação da mediação em situação de conflitos domésticos.

simplesmente para prejudicar a outra parte. Por isso, é importante tentar se anular de algum modo os efeitos das contingências específicas (vantagens, poderes) que podem levar os atores a caírem na tentação de explorar as condições de superioridade em detrimento do outro¹⁶⁴

Consensos defeituosos baseados no engano ou no autoengano ocorrem mesmo em situações idealizadas de discurso perseguidas institucionalmente (ALEXY, 2013). Nesse sentido, é possível perceber no caso concreto que nem sempre a comunicação ou discurso é inteiramente livre e desimpedido, sobretudo em face da desigualdade não superada em relação a uma das partes¹⁶⁵.

Além disso, um dos princípios fundamentais na justiça restaurativa é o de obedecer aos limites máximos estabelecidos legalmente como sanções. Esse princípio pretende coibir acordos abusivos ou não razoáveis em relação ao conflito, que prevejam, mesmo que com eventual consentimento dos envolvidos, obrigações degradantes, humilhantes ou excessivamente onerosas (BRAITHWAITE, 2003). É o caso, por exemplo, de a esposa exigir que o marido que não presta os cuidados necessários aos filhos que não saia de casa à noite ou nos finais de semana durante um ano, como forma de compensação pelos anos de falta de atenção e dedicação à educação e ao cuidado das crianças; ou o filho querer obrigar o pai que o agrediu a ter de sofrer algum tipo de violência semelhante por parte de alguém mais forte¹⁶⁶.

Cabe aos mediadores neutralizar, na medida do possível, a distribuição desigual de forças entre os litigantes mediante redistribuições ou compensações institucionais¹⁶⁷. No que diz respeito às regras jurídicas, a relação entre a loja (corretora/vendedora do seguro) e da seguradora poderia ser caracterizada como de responsabilidade solidária, quando ambas respondem pela obrigação. No caso, a loja que vendeu o seguro poderia figurar como demandada e ser obrigada a pagar, individualmente, todo prejuízo da reclamante, porque responderia pelo contrato em igual intensidade ou extensão.

¹⁶⁴ Sobre essas condições procedimentais, ver Rawls (2002) e Sandel (2005).

¹⁶⁵ Esse tipo de desigualdade, porém, não pode ser presumida sempre em toda relação, mas também precisa ser verificada na prática.

¹⁶⁶ Um exemplo é o caso em que ficou acordado que um jovem que teria passado procedimento restaurativo teria que usar uma camiseta com as palavras: "*I am thief*" (eu sou um ladrão). Referido acordo representa um tipo de resultado que não se adequa aos valores restaurativos e não deveria ser aceito (BRAITHWAITE, 2003).

¹⁶⁷ Sustenta-se que para uma realização aproximada da situação ideal de fala pode concorrer a atuação institucional compensatória ou redistributiva de oportunidades de fala. Ver, nesse sentido, Habermas (1973 apud Alexy, 2013).

Uma atitude destrutiva, competitiva, durante a sessão de mediação pode ser o estopim da espiral ascendente de conflito. Em outros termos, a experiência de competição pode produzir espirais destrutivas e colocar abaixo qualquer chance de acordo. A situação que já não era boa no início ou que mesmo estava estabilizada pode se converter em impasse insuperável ou um bate-boca que obriga que a sessão seja imediatamente interrompida.

A ausência de novo estímulo que provoque reações negativas nas partes é uma oportunidade para o gerenciamento de emoções e interesses e é capaz de motivar percepções de justiça para além de meras reações punitivas fruto da raiva e do ressentimento (LERNER, 2003).

A raiva conduz as partes a uma avaliação primária apenas de danos e benefícios, provoca comportamentos contraprodutivos e suscita uma predominância das pretensões legais em relação às demais dimensões de justiça (COLQUITT, 2012).

E não precisa muito para que uma situação aparentemente construtiva tenha um desfecho destrutivo. Às vezes, uma palavra ou frase mal colocada pode colocar tudo a perder, consoante veremos logo a seguir.

De outra sorte, atitudes construtivas são aquelas em que as partes desempenham um papel amigável e confiante, que demonstram o interesse em colaborar com as informações necessárias e atender, também, aos pedidos do outro.

1.3.6 Da qualidade do programa autocompositivo

A qualidade de um programa autocompositivo está sustentada, portanto, em quatro eixos: técnico, ambiental, social e ético.

Em primeiro lugar, o mediador deve ser bem treinado e desenvolver as competências necessárias para atender e conduzir a mediação. Mas não só o facilitador precisa estar preparado. O ambiente social também precisa ser adequado. Todas as pessoas envolvidas precisam estar comprometidas com o atendimento do cidadão. Não adianta ser recebido por um mediador atencioso e gentil, se o funcionário que faz o primeiro atendimento é grosseiro ou ríspido.

Quando as pessoas se sentem tratadas com justiça de partida, elas nutrem uma impressão positiva sobre a organização. A forma de tratamento (justo ou com equidade) é um componente essencial para criar uma percepção de justiça (CROPANZANO et al., 2007).

Além disso, o espaço físico também precisa ser adequado e receptivo, a fim de que as partes se sintam acolhidas e confortáveis para iniciar uma discussão proveitosa. O planejamento ambiental é fundamental no processo da mediação.

Por último, a qualidade da mediação depende da observação de preceitos éticos por parte dos mediadores ou conciliadores e todas as pessoas envolvidas no processo.

De acordo com o Código de Ética dos Mediadores e Conciliadores Judiciais, são princípios fundamentais que regem a atividade a: confidencialidade, competência, imparcialidade, neutralidade, independência e autonomia, respeito à ordem pública e às leis vigentes (art. 1º):

- I - *Confidencialidade* – dever de manter sigilo sobre todas as informações obtidas na sessão, salvo autorização expressa das partes, violação à ordem pública ou às leis vigentes, não podendo ser testemunha do caso, nem atuar como advogados dos envolvidos, em qualquer hipótese;
- II - *Decisão Informada* – dever de manter o jurisdicionado plenamente informado quanto aos seus direitos e ao contexto fático no qual está inserido;
- III - *Competência* – dever de possuir qualificação que o habilite à atuação judicial, com capacitação na forma desta Resolução, observada a reciclagem periódica obrigatória para formação continuada;
- IV - *Imparcialidade* – dever de agir com ausência de favoritismo, preferência ou preconceito, assegurando que valores e conceitos pessoais não interfiram no resultado do trabalho, compreendendo a realidade dos envolvidos no conflito e jamais aceitando qualquer espécie de favor ou presente;
- V - *Independência e autonomia* – dever de atuar com liberdade, sem sofrer qualquer pressão interna ou externa, sendo permitido recusar, suspender ou interromper a sessão se ausentes as condições necessárias para seu bom desenvolvimento, tampouco havendo obrigação de redigir acordo ilegal ou inexecutável;
- VI - *Respeito à ordem pública e às leis vigentes* - dever de velar para que eventual acordo entre os envolvidos não viole a ordem pública, nem contrarie as leis vigentes;
- VII - *Empoderamento* – dever de estimular os interessados a aprenderem a melhor resolverem seus conflitos futuros em função da experiência de justiça vivenciada na autocomposição.
- VIII - *Validação* – dever de estimular os interessados perceberem-se reciprocamente como seres humanos merecedores de atenção e respeito¹⁶⁸ (grifos nossos).

¹⁶⁸ Braithwaite (2003, p. 8-13) reúne os valores da mediação em três grupos, a saber: a) *constraining values*; b) *maximising values*; c) *emergent values*. O primeiro grupo concentra o que seriam os valores obrigatórios e prioritários, que não podem ser dispensados do processo restaurativo. Por se tratarem de valores essenciais, estes deverão ser inevitavelmente respeitados e, se necessário, impostos para prevenir que o processo se torne opressivo para as partes. Entre os princípios fundamentais citados pelo autor estão: a) não dominação; b) empoderamento; c) Obedecer aos limites máximos estabelecidos legalmente como sanções; d) escuta respeitosa; e) preocupação igualitária com todos os participantes; f) accountability, appealability; g) respeito aos direitos humanos constantes na Declaração Universal dos Direitos Humanos e na Declaração dos Princípios Básicos da Justiça para as Vítimas de Crime e Abuso de Poder e outros documentos internacionais correlatos (PALLAMOLLA, 2009, p. 60-66). Alguns desses valores foram incorporados nas regras e práticas da mediação judicial brasileira como princípios fundamentais.

Além disso, o procedimento de mediação é regido por um conjunto de regras ou normas de conduta a serem observadas pelos conciliadores/mediadores para o bom desenvolvimento do processo de mediação, permitindo que haja o engajamento dos envolvidos, com vistas à sua participação e ao comprometimento com eventual acordo obtido (art. 2º). Entre as essas regras, estão:

Informação – dever de esclarecer os envolvidos sobre o método de trabalho a ser empregado, apresentando-o de forma completa, clara e precisa, informando sobre os princípios deontológicos referidos no capítulo I, as regras de conduta e as etapas do processo.

Autonomia da vontade – dever de respeitar os diferentes pontos de vista dos envolvidos, assegurando-lhes que cheguem a uma decisão voluntária e não coercitiva, com liberdade para tomar as próprias decisões durante ou no final do processo, podendo inclusive interrompê-lo a qualquer momento.

Ausência de obrigação de resultado – dever de não forçar um acordo e de não tomar decisões pelos envolvidos, podendo, quando muito, no caso da conciliação, criar opções, que podem ou não ser acolhidas por eles.

Desvinculação da profissão de origem – dever de esclarecer aos envolvidos que atuam desvinculados de sua profissão de origem, informando que, caso seja necessária orientação ou aconselhamento afetos a qualquer área do conhecimento poderá ser convocado para a sessão o profissional respectivo, desde que com o consentimento de todos.

Compreensão quanto à conciliação e à mediação – dever de assegurar que os envolvidos, ao chegarem a um acordo, compreendam perfeitamente suas disposições, que devem ser exequíveis, gerando o comprometimento com seu cumprimento (grifos nossos).

1.3.7 Ferramentas do mediador

O mediador dispõe de uma série de ferramentas para dar suporte ao procedimento e às partes. São ferramentas do mediador previstas no Manual de Mediação Judicial (BRASIL, 2016):

- a) ouvir atentamente as partes;
- b) ser receptivo e atencioso;
- c) demonstrar sensibilidade para com o problema;
- d) evitar preconceitos;
- e) separar as pessoas dos problemas;
- f) despolarizar a relação;
- g) reconhecer e validar sentimentos;
- h) silêncio

No processo de ouvir atentamente as partes, o mediador precisa levar a sério as falas dos participantes. Ele deve promover uma escuta ativa¹⁶⁹, no sentido de não interromper, prestar atenção e tentar compreender os problemas.

O mediador também não pode ser frio. Ele precisa ser receptivo e atencioso, sem ser parcial. Por isso, deve demonstrar sensibilidade para com o problema e somente interromper a fala das partes no momento oportuno (quando as partes se ofendem na audiência, p.ex.). Todavia, na medida do possível, deve deixar as partes falarem livremente (BRASIL, 2016)).

O facilitador também deve entrar na sessão de mediação despido de preconceitos, com o objetivo de não se tornar parcial. Uma das formas mencionadas pelos mediadores de fazer isso é não ler os autos antes da sessão para não se influenciar pelas narrativas reduzidas a termo no termo circunstanciado. Atitude essa que se mostrou problemática do ponto de vista da inteligibilidade da demanda.

É também apontada como uma importante ferramenta dos processos de negociação aplicada à mediação judicial tentar separar as pessoas de seus problemas¹⁷⁰. Uma das coisas mais importantes para qual o mediador precisa se atentar é distinguir a conduta da pessoa. Uma pessoa não é necessariamente má, mas a conduta que ela praticou em um momento de desequilíbrio sim (BRASIL, 2016). Desse modo, discursivamente, o mediador deve conduzir o diálogo de modo que as partes discutam o malfeito sem acreditar que seja ele constitutivo de quem o praticou (VAN STOKKOM, 2008).

Outra ferramenta apontada como importante para possibilitar o diálogo é a despolarização da relação. O ponto de partida é identificar interesses comuns e viabilizar a compreensão das partes para além das divergências de pontos de vistas e dos ressentimentos relacionados ao conflito. Quando os interesses comuns dominam a discussão e o ressentimento se arrefece, há menor tentação de que uma parte tente explorar a outra, porque o sofrimento de um pode ser visto como o

¹⁶⁹ A escuta atenciosa é um sinal de respeito e consideração com o outro e representa uma condição ou regra de participação no procedimento. A recusa em não escutar o outro sinaliza a falta de respeito e interesse do participante em buscar uma solução consensual e, como tal, inibe a realização proveitosa de um processo restaurativo (BRAITHWAITE, 2003).

¹⁷⁰ Essa ferramenta está presente na famosa obra coletiva *Getting to Yes*. Desde a publicação do livro escrito por Roger Fisher, Bill Ury, and Bruce Patton na década de 80, milhares de advogados, diplomatas, pessoas de negócio, negociadores profissionais, gestores e educadores espalhados pelo mundo foram treinados em conceitos chaves como: 1) negociação baseada em interesses; 2) pensar em interesses e não em posições; 3) separar a pessoa do problema; 4) inventar opções de ganhos mútuos e usar critérios (FISHER et al., 2014).

sofrimento do outro. Consequentemente, situações de iniquidade são menos prováveis de ocorrer (KELLEY; THIBAUT, 1978 apud THIBAUT; WALKER, 1978)¹⁷¹.

Esse ponto de vista enfatiza que o primeiro e principal objetivo da mediação é resolver o conflito e não atribuir razão a uma das partes. Contudo, esse tipo de olhar sobre o conflito dirige um foco excessivo sobre os interesses e não raro pode ignorar direitos ou não levar em consideração demandas de caráter ético-moral (CARDOSO DE OLIVEIRA, 1989). Há o risco de se tratar o problema como meros aborrecimentos cotidianos ou incompreensões de parte a parte quando, em verdade, houve de fato um dano.

Além disso, o mediador deve estar preparado para reconhecer e validar sentimentos. O acionamento de sentimentos pode ser útil para elucidar o conflito, sobretudo os interesses encobertos ou não explicitados. Além disso, pode estabelecer uma relação de confiança entre as partes. Contudo, reconhecer e validar sentimentos precisa significar para as partes mais que uma oportunidade de desabafar. Ela deve ser percebida como um ato de reconhecimento institucional da importância das demandas deduzidas, sob pena de provocar um novo ressentimento nos interlocutores (BRASIL, 2016).

O uso de emoções ou sentimentos no processo argumentativo somente deve ser manejado quando esses argumentos forem úteis e sinceros (WALTON, 1992; 2018). Em outros termos, o uso falacioso de sentimentos para distorcer informações, camuflar as reais intenções das partes ou fraqueza de seus pontos de vista pode ter por objetivo simplesmente convencer o mediador de que a razão está ao lado de quem as usa.

Esse tipo de uso de sentimentos não contribui para fins de diálogo e para compreensão do conflito. Ao contrário, a encenação de emoções falsas afasta qualquer possibilidade de um diálogo aberto e sincero (DALY, 2006; WALTON, 2018).

Por fim, um importante instrumento que pode ser utilizado pelo mediador é o silêncio. O silêncio pode ser utilizado com vários objetivos pelo mediador, desde provocar uma reflexão, gerar uma inquietação ou mesmo estimular a reconsideração de um comportamento (BRASIL, 2016).

¹⁷¹ De outro lado, a percepção de um comportamento iníquo ou a falta de um comportamento justo na relação pode ter como consequência a indignação e a intolerância, bem como a busca por maximizar interesses próprios ou de punir o outro (FOLGER; CROPANZANO, 1998).

A articulação entre a fala e o silêncio durante o processamento do litígio, aliás, é algo característico dos processos de mediação. Ela permite captar as diferentes ordens e os distintos ritmos temporais do discurso jurídico e reunir múltiplas negociações de sentido ao longo da discussão (SANTOS, 1988). A ordem e o tempo dos atos discursivos na mediação não são questões menores e, por isso, não podem ser negligenciadas na observação do campo.

O primeiro ponto a ser observado é o papel do mediador no discurso. Se no processo judicial o poder do juiz é medido pela sua capacidade de intervir e dirigir os discursos das partes por meio de perguntas, ordens, exclamações, despachos etc. (SANTOS, 1988), nas práticas restaurativas, à medida que deve balizar a importância do mediador é justamente o silêncio, entendido como um ato de fala (AUSTIN, 1990). O silêncio do mediador no contexto específico da mediação tem consequências práticas importantes. Ele funciona como um artifício de empoderamento das partes.

A vítima, que na maioria das situações é quem comunicou o fato às autoridades, normalmente é quem fala primeiro. É a primeira a dar sua versão sobre o ocorrido. Logo depois vem o autor/ofensor. Essa sequência de testemunhos aparentemente obedece à mesma lógica do processo tradicional, em que quem acusa fala primeiro. Contudo, no processo judicial, as falas são precedidas de uma série de relatos (testemunhos) e documentos (laudos, documentos etc.), cotejados em termos argumentativos previamente ao debate oral. A ordem das falas é determinada não pela necessidade de contextualização do evento, mas da pressuposição de debilidade instrumental do acusado e da consequente distribuição de ônus processuais (BARBOSA, 2014; GUSMAN, 2011).

1.3.8 Da qualidade pessoal do mediador

O mediador ou conciliador é avaliado durante o processo de mediação não apenas em relação à sua técnica, mas também em relação às suas qualidades pessoais. Assim, são levadas em conta tanto a aparência e vestimentas, como também a capacidade de criar conexão com os participantes¹⁷² e, com isso, desenvolver a comunicação ou interação respeitosa e aberta entre elas.

¹⁷² O *rappport* se refere ao grau de liberdade experimentado na comunicação, o nível de conforto dos participantes, o grau de precisão naquilo que é comunicado e a qualidade do contato humano. Os mediadores frequentemente falam sobre a necessidade de desenvolver uma forma de ligação com os participantes (MOORE, 1998).

A ideia de estabelecer uma ligação com as partes depende da capacidade do mediador em conseguir transmitir uma perspectiva positiva, aparentar confiança, credibilidade e controle emocional, bem como demonstrar-se preocupado com o conforto físico e emocional dos participantes. Por isso, o mediador precisa estar atento e condicionar seu comportamento para ganhar a empatia dos participantes por meio de uma postura sincera e aberta à escuta, bem como a partir de gestos e atitudes, como um sorriso, um aperto de mão, uma saudação de boa tarde, um levantar-se para receber os participantes, um elogio aos atributos e às atividades exercidas pelos disputantes entre outras. O mediador ainda pode trocar experiências pessoais comuns relacionadas ao trânsito, clima ou à ocupação das partes ou se utilizar de técnicas de programação neolinguística (PNL), como espelhar a postura, gestos e atitudes das partes¹⁷³ (BRASIL, 2016).

Há uma crença de que o domínio da técnica, o conhecimento e aplicação das regras e as qualidades pessoais do mediador (qualidade do tratamento) são itens indispensáveis para atestar a competência do facilitador e assegurar o sucesso da mediação/conciliação.

Do ponto de vista institucional, o mediador precisa ter ou desenvolver certas habilidades para conseguir ser um mediador eficiente. Habilidades essas que podem ser desenvolvidas em treinamentos de técnicas autocompositivas.

Ressalto que essas características mencionadas estão diretamente ligadas à dimensão procedimental da justiça, consoante ressaltado anteriormente. São características de um mediador eficiente as habilidades de:

- a) aplicar diferentes técnicas autocompositivas de acordo com a necessidade de cada disputa; b) escutar a exposição de uma pessoa com a atenção, utilizando de determinadas técnicas de escuta ativa (ou escuta dinâmica); c) inspirar respeito e confiança no processo; d) administrar situações em que os ânimos estejam acirrados; e) estimular as partes a desenvolverem soluções criativas que permitam a compatibilização dos interesses aparentemente contrapostos; f) examinar os fatos sob nova ótica para afastar perspectivas judicantes ou substituí-las por perspectivas conciliatórias; g) motivar todos os envolvidos para que prospectivamente resolvam as questões sem atribuição de culpa; h) estimular o desenvolvimento de condições que permitam a reformulação das questões diante de eventuais impasses; i) abordar com imparcialidade, além das questões juridicamente tuteladas, todas e quaisquer questões que estejam influenciando a relação (social) das partes (BRASIL, 2016).

¹⁷³ Técnicas de PNL: espelhamento = reflexo natural e sutil da postura, dos gestos, da entonação da voz, do ritmo respiratório, das expressões faciais; repetição de termos e palavras mais usadas etc.

Consoante observado, em que pese guardar uma característica de informalidade, a mediação é um procedimento sujeito a regras, que sujeitam o mediador e as partes. No processo de preparação para a sessão de mediação, o mediador deve adotar estratégias que busquem tirar o maior proveito possível da mediação. Essas estratégias envolvem desde a preparação mental do mediador até a organização do espaço para a mediação, de modo a criar um ambiente emocional favorável ao entendimento das partes.

É claro que cada mediador tem suas características particulares, como o carisma, a serenidade, a oratória etc. Nem todas podem ser adequadamente treinadas. Contudo, o treinamento e a experiência podem certamente criar bons mediadores.

Há habilidades que só vêm com o tempo e a experiência, e isso pode ser observado na prática. Tive a oportunidade de observar mediadores em treinamento, estagiários e mediadores experientes, com longos anos de mediação. Embora a experiência não seja determinante para a solução do conflito, ela tem um papel relevante naqueles conflitos mais complexos.

Harris et al. (2015) já constataram que um apoio experiente e gestos de aceitação motivam as partes a interagirem. E isso precisa ocorrer porque se espera que as partes se sintam, no mínimo, desconfortáveis ou constrangidas com a situação logo no início da sessão. Aquele que foi responsável pela ofensa (e que sabe e compreende o que fez) provavelmente espera desaprovação de seu comportamento e teme que será colocado em uma posição incômoda. Ele acredita que será sujeitado a um ritual em que experimentará impotência e humilhação (HARRIS et al., 2015). E esse desconforto pode gerar desconfiança e retração no início da sessão (SHERMAN, 1993).

Já a vítima também pode ter raiva, se sentir desconfortável e envergonhada em relação ao que ocorreu, sobretudo por considerar a agressão injusta. No início, como forma de corrigir o dano ela pode querer duas coisas: em termos retributivos, infligir igual humilhação e sofrimento ao ofensor; e, em termos restaurativos, tentar diminuir ou compensar seu sofrimento causado pela ofensa (HARRIS et al., 2015)¹⁷⁴.

Reverter esse ponto de partida emocional das partes no início da sessão é fundamental para o sucesso da mediação.

¹⁷⁴ Sem prejuízo que esses dois desejos se sobreponham ou se sucedam durante o processo.

1.3.9 A preparação para a sessão de mediação

O Manual de Mediação orienta que, anteriormente à chegada das partes, deve o mediador revisar as anotações do caso, memorizar o nome das partes, discutir com eventual comediador do papel de cada um na sessão e preparar o local em que será realizada a reunião (temperatura da sala, privacidade, água, café, local para realização da sessão privada, matérias de escritório e resumo etc.). Contudo, durante minha pesquisa de campo, poucas vezes observei os mediadores estudando os casos previamente ou fazendo anotações. As anotações eram feitas apenas na sessão de abertura.

Quando as partes chegam à sala de mediação, o mediador é orientado a cumprimentar as partes e tentar fazer com que se sintam confortáveis. Toda interação com as partes, porém, deve ser cuidadosa, desde o primeiro contato. Não se deve conversar muito para não se perder a objetividade ou se dar mais atenção a uma das partes para não perder a imparcialidade.

Esse cuidado é visto como uma das razões da mediação alcançar excelentes resultados, uma vez que o comportamento neutro e amistoso das partes, favorecido por um ambiente pensado para colocá-los em pé de igualdade (falarei sobre o ambiente a seguir), possibilita que as partes enxerguem no mediador alguém que irá auxiliá-las a melhor solucionar a disputa. Neutralidade ou imparcialidade e objetividade são características que geram confiança no mediador e garantem legitimidade ao procedimento (BRASIL, 2016)¹⁷⁵.

É no início da mediação que o mediador precisa construir a credibilidade pessoal, institucional e processual, estabelecer uma ligação de respeito e confiança com os participantes, instruí-los sobre o processo e conseguir deles a concordância sobre o interesse em mediar e a concordância com as regras, além de estabelecer o *tom* do diálogo e a base para as declarações.

Tanto no treinamento como durante a pesquisa de campo, notei uma preocupação especial com a sessão. Para mim, particularmente, é o momento mais

¹⁷⁵ Aliás, do ponto de vista da justiça procedimental, a imparcialidade é vista como um ponto essencial para o reconhecimento da legitimidade do procedimento no processo de tomada de decisões (TYLER, 1990; 2003). Contudo, a imparcialidade precisa ser ajustada de forma a permitir que os todos os pontos de vista sejam considerados. E isso envolve, a meu ver, a necessidade de se apresentar e considerar todas as informações disponíveis.

difícil para o mediador. Além de “decorar” o roteiro com uma série de recomendações e orientações, ele precisa tentar garantir que o primeiro encontro não seja um desastre, ou seja, que as partes não iniciarão uma discussão que inviabilize qualquer possibilidade de entendimento.

Uma sessão de abertura bem-feita serve tanto para transmitir aos participantes a confiança e legitimidade sobre o mediador e o processo de mediação, como também para eventualmente reconciliar quaisquer expectativas conflitantes em relação às possibilidades reais do processo autocompositivo e ao que cada participante acredita que pode obter por meio da mediação.

De modo geral, todavia, é muito comum que as partes não compreendam adequadamente as regras de procedimento (vedação à produção de provas, p.ex.) ou o que pode ou não ser obtido com a mediação. Isso ocorre porque o mediador comumente não conhece os fatos antes que as partes falem (poucas vezes vi o mediador pegar os autos para ler antes da sessão) e também não diz às partes o que elas podem pedir em termos de reparação (indenização, pedido de desculpas etc.). Mencionar genericamente que o objetivo da mediação é permitir que as partes construam uma solução para o problema não delimita as expectativas ou estabelece parâmetros para formulação de pedidos.

A meu ver, isso é problema do ponto de vista da construção discursiva de uma solução em uma sessão única de duração limitada (em média, 1h20min). Não há tempo suficiente para que as partes aprendam a mediar, ou seja, aprendam as competências sociais necessárias para trabalhar suas emoções e elaborar suas pretensões de direitos e interesses, bem como serem capazes de ser entendidos por outra pessoa. De igual forma, sessões limitadas (em quantidade¹⁷⁶ e tempo) não são aparentemente suficientes para instigar alguém a mudar de atitude, embora seja um começo¹⁷⁷. Nesse sentido, sessões de abertura, mesmo que bem-feitas, têm um alcance limitado, sobretudo porque as partes não são previamente preparadas para a mediação.

Construir um ambiente de abertura para o perdão não é fácil. A culpa e a vergonha podem ser aceitas e/ou admitidas e permitir que o agressor reconheça a ofensa e o erro. Como consequência, o problema se resolve por meio do

¹⁷⁶ Salvo os processos de Mediação Vítima-Ofensor (MVO), em que são realizadas inúmeras sessões até que se chegue a um resultado, na mediação de crimes de menor potencial ofensivo, em regra, há apenas uma sessão.

¹⁷⁷ Nesse sentido, ver Van Stokkom (2008).

reconhecimento e reparação (HARRIS et al., 2015). Todavia, trabalhar com emoções como culpa, vergonha e remorso podem ter efeitos morais negativos, como conduzir o agressor a ocultar ou evadir-se de sua responsabilidade ou negar-se a assumir o erro cometido (TANGNEY, 1995; 2011; RETZINGER; SCHEFF, 1996).

Acontece, todavia, que esse risco precisa ser assumido pelos atores institucionais envolvidos na justiça restaurativa. A falta da confrontação do agressor com as consequências de seu ato pode indicar que não há nada contra ele e fortalecer sua postura de fugir da responsabilidade. E compreender o mal que causou ao outro pode despertar o remorso e o arrependimento (HARRIS et al., 2015).

As partes sequer estão preparadas para dizer e ouvir um difícil e emotivo pedido de desculpas que pode tanto mexer e impressionar como também constranger e embaraçar os participantes. Se, por um lado, o pedido de desculpas sincero pode demover a vítima de sua raiva e ressentimento e conduzi-la a desculpar o comportamento danoso e/ou conceder perdão, pode também estrangê-la a ter de aceitar um acordo baseado nessa atitude de arrependimento, nem sempre sincero, como já se observou em pesquisas envolvendo práticas restaurativas (VAN STOKKOM, 2008)¹⁷⁸.

No projeto-piloto de Justiça Restaurativa dos Juizados Especiais Criminais do Núcleo Bandeirante, instituído pela Portaria Conjunta nº 15/2004 do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, havia a previsão de que o procedimento restaurativo seria dividido em três etapas: a consulta, o encontro preparatório e o encontro restaurativo¹⁷⁹.

Primeiramente, as partes seriam convidadas a conhecer o que é a justiça restaurativa e suas vantagens em relação ao processo tradicional, bem como seriam consultadas se concordavam em participar das fases seguintes. Os facilitadores designados entrevistavam as partes antes, colhiam suas informações pessoais (profissão, renda, vínculos com agressor/vítima) e percepções sobre o funcionamento

¹⁷⁸ Van Stokkom (2008, p. 412) chamou isso de “*compaixão compulsória*”. Também Acorn (2004) menciona a ideia de *compaixão compulsória* na justiça restaurativa.

¹⁷⁹ No projeto do Núcleo de Mediação e Cidadania, em funcionamento desde 2002 e vinculado ao Programa Polos de Cidadania, da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG, por exemplo, após o recebimento da demanda pelo autor, o caso é analisado pela equipe que pode optar por chamar o demandante novamente para esclarecer algum ponto obscuro do pedido ou convidar a parte demandada para contar a sua versão. Somente após ouvir separadamente as partes é marcada a primeira sessão conjunta. Os mediadores podem realizar uma ou mais sessões ou encontros de mediação, conforme a necessidade do caso. A equipe também pode se deslocar até o local da disputa para compreender melhor o que cada parte diz, como ocorreu, por exemplo, na experiência etnográfica relatada por Orsini e da Silva (2017).

da justiça pública. Caso concordassem, seria marcada uma sessão preparatória para identificação das questões a serem discutidas no encontro restaurativo. Essas sessões eram realizadas separadamente com o agressor e a vítima.

O momento final do procedimento restaurativo era o chamado encontro restaurativo. É nesse encontro que as partes finalmente ficariam frente a frente para discutir e tentar resolver o conflito com a ajuda dos facilitadores. Esse modelo, todavia, mostrou-se inviável, na prática, dada a quantidade de casos que chegam aos JECRIMs.

Em termos institucionais, desde a criação do projeto-piloto no fórum do Núcleo Bandeirantes, em 2004, apenas em 2016 foi instalado o Posto Avançado em Planaltina-DF e, em 2017, foram criados CEJURES-GAM (Gama) e CEJURES-SMA (Santa Maria). Isso ainda é pouco para dar conta do volume de casos que poderiam ser atendidos.

1.3.9.1 Início da sessão de mediação

De acordo o material disponível, seguir algum tipo de roteiro e não simplesmente memorizá-lo evita uma exposição excessivamente mecânica ou artificial e previne o esquecimento de algum ponto importante da declaração de abertura que poderá suscitar o não atendimento de uma regra essencial pelas partes (como não interromper enquanto a outra está falando, por exemplo), gerar tensão no mediador e transmitir às partes uma aparência de desorganização (BRASIL, 2016).

O roteiro da sessão de abertura deve seguir, de forma sugestiva, oito passos. O primeiro sugere que o mediador se apresente e apresente as partes. Ele deve anotar os nomes das partes, questioná-las como gostariam de ser chamadas e recordar eventuais interações anteriores. O objetivo é que partes se sintam mais confortáveis na relação com o mediador ou conciliador e possam falar abertamente. Caso alguma ou ambas as partes já tenham participado de uma mediação anterior, o mediador pode recordar a interação anterior, caso entenda necessário.

O segundo é explicar o papel do mediador. Deve o mediador esclarecer que não é juiz e, por isso, não pode impor uma solução, que seu papel é de facilitador e que está ali para, de forma imparcial, auxiliar os participantes a examinar a situação, postular seus direitos e expressar seus interesses e sentimentos.

O terceiro passo é descrever o processo de mediação. Ele deve pontuar que o procedimento de mediação é voluntário e informal e que é uma oportunidade para as partes falarem e apresentarem suas questões, interesses e sentimentos.

Para demonstrar sua imparcialidade ou equidistância, o mediador precisa alertar que não se reuniu com nenhuma das partes antes da reunião e que não leu os autos. Com isso, o mediador busca demonstrar que está livre de preconceções, bem como que quer conhecer o problema a partir do ponto de vista das partes.

A imparcialidade, no caso, é entendida como uma condição que empresta ao mediador uma qualidade moral. Contudo, como já mencionado, ela somente será efetiva se permitir que todas as questões e pontos de vista sejam adequadamente acionados durante o debate.

É preciso ressaltar que, no CEJURES-PLA, os expedientes vêm do JECRIM em cópia e são capeados e etiquetados para ajudar na organização das audiências.

Nas palavras de uma mediadora:

Os autos não servem para informar o mediador sobre os fatos, mas apenas coletar o endereço das partes. Eu não costumo ler os autos antes da audiência, a não ser quando é para corrigir algum erro procedimental percebido logo de início, que passou despercebido pela vara. A não leitura tem por objetivo manter a imparcialidade.

Em que pese o mediador não se concentre no teor dos autos, a fim de não se influenciar pelo relato da parte que fez a comunicação do crime, os autos ficam sobre a mesa. O mediador utiliza os autos para identificar quem são as partes autores e vítimas. Algumas vezes também as partes pedem para olhar os autos e ver como fato foi registrado, quem consta como autor/vítima etc.

Um ponto importante é informar que a mediação não admite a produção de provas, não é um procedimento para apontar quem está certo ou errado, mas sim entender o que aconteceu e tentar ajudar as partes a produzir uma solução. Essa proibição representa uma tentativa de favorecer o diálogo ou, ao menos, de não contribuir para um dissenso infinito, como o experimentado no processo judicial¹⁸⁰.

¹⁸⁰ O processo judicial, orientado pela lógica do contraditório, encenaria um dissenso infinito entre a parte pública acusadora e o acusado a partir de indícios e provas coligidos na primeira fase do processo (inquérito), a ser resolvido por uma autoridade externa às partes envolvidas (juiz) dotada de um saber jurídico e fático particularizado (KANT DE LIMA, 1995b; 2008; 2010). O processo da mediação quer evitar esse dissenso e uma disputa de provas, que eventualmente demandaria o manejo de documentos, periciais etc. por especialistas. Contudo, a impossibilidade de apresentar provas é uma condição que enfraquece o processo argumentativo, uma vez que ele impede que acione referências para falar sobre o acontecido que teria gerado a disputa.

Essa vedação por vezes suscita dúvidas sobre como as partes devem ser portar na sessão de mediação. Se não trabalhada corretamente, porém, a parte impedida de apresentar suas provas poderá se sentir desrespeitada com uma aparente falta de consideração institucional.

As partes querem contar suas histórias da forma como entendem adequadas. Restrições probatórias podem comprometer seu engajamento, assim como a imposição de limites substanciais e temporais às suas narrativas. Impedir que as partes coloquem um problema que julgam importante ou limitar excessivamente o tempo para exposição oral também pode criar desinteresse pelo procedimento.

O mediador ainda precisa esclarecer que é permitida a participação de advogados¹⁸¹. E que as partes poderão ser atendidas em sessões privadas (individuais), caso necessário¹⁸².

As sessões privadas podem ser solicitadas pelo mediador ou por qualquer das partes, a qualquer tempo¹⁸³. Nas sessões privadas, as partes podem sentir mais à vontade para falar e avaliar os custos e benefícios da mediação. Os assuntos discutidos na sessão privada podem ser compartilhados ou mantidos em sigilo. A decisão é de cada parte.

O mediador ainda deve esclarecer os efeitos jurídicos do acordo, ou seja, que a solução firmada pelos participantes será homologada pelo juiz.

O quarto passo é tentar buscar adesão para mediação por meio da garantia de confidencialidade. Com as partes seguras de que o que será dito ou admitido durante sessão não poderá ser utilizado como prova em eventual processo, espera-se que

¹⁸¹ Por vezes, é aconselhável a participação de advogados/defensores públicos, quando se nota que uma das partes pode sair prejudicada da mediação. Um dos deveres éticos do mediador é não permitir que umas das partes que se mostre insuficientemente esclarecida seja lesada. Nesse caso, o mediador pode acionar um defensor público um advogado (quando disponível) para acompanhar a sessão e orientar a parte. É importante ressaltar, todavia, que o mediador não pode orientar a parte qual a melhor decisão, sob pena de se tornar parcial.

¹⁸² Na prática, sessões privadas são sempre recomendáveis. Apenas em situações em que se verifica, durante a sessão de abertura, a clara intenção das partes em cooperar para produção de uma solução ou, ao contrário, que não há menor possibilidade de levar a mediação adiante, é que a referida sessão individual é dispensada.

¹⁸³ O tempo médio destinado às mediações, atualmente 1h20min, não possibilita mais de uma sessão privada por parte. Às vezes, por estar as partes excessivamente firmes em suas posições e com os ânimos a flor da pele, o mediador não realiza sessões conjuntas, mas apenas individuais. Se verificar após as sessões individuais que as partes têm o interesse em dialogar, ele as convoca para uma sessão conjunta com o objetivo de fechar o acordo. Caso contrário, encerra a sessão com cada parte em uma sala. É comum que as partes estejam acompanhadas de outras pessoas (pais, irmãos, tios, primos etc.), sobretudo em conflitos que envolvem famílias. Os acompanhantes entram e permanecem nas salas. Dão palpites, as vezes acalmam e as vezes provocam o acompanhado. Essa dimensão comunitária e informal da mediação é algo que vale a pena explorar. Voltarei a esse ponto mais à frente.

elas aceitem mais facilmente avançar com o processo de mediação. Em que pese a confidencialidade ser a regra, há exceções, como a prática de eventual crime durante a sessão de mediação, que precisa ser reportada pelo mediador. As exceções devem ficar claras para as partes¹⁸⁴.

O quinto passo é “[...] descrever as expectativas do mediador em relação às partes” (BRASIL, 2016). Durante a mediação, espera-se que as partes trabalhem conjuntamente para se tentar obter uma solução para a questão. Para isso, elas devem ouvir sem interrupção, explicar suas preocupações, escutar a perspectiva da outra parte, tentar seriamente resolver a questão e revelar informações importantes às outras partes.

O sexto passo que precisa seguir o mediador é confirmar a disposição ou interesse das partes em participar da mediação¹⁸⁵. As partes precisam estar conscientes que a mediação é um procedimento voluntário e não coercitivo.

O sétimo passo é comentar o papel dos advogados. Os advogados não podem intervir na mediação, a não ser para facilitar a resolução do caso e prevenir eventuais prejuízos ao seu cliente.

Diferentemente do papel que assumem no processo tradicional, que é traduzir o conflito pessoal para a linguagem do direito e falar pelas partes, de modo a substituir o tratamento personalizado que os envolvidos dão ao problema por um tratamento impessoal, profissionalizado e objetivo (AGUILÓ-REGLA, 2015), na mediação o advogado tem um papel mais limitado, que é o de incentivar e orientar a parte a buscar uma melhor solução para o caso.

O oitavo passo é descrever o processo a ser seguido. O mediador deve informar às partes o tempo disponível para sessão, a logística (possibilidade de mais sessões), as regras básicas a serem observadas, reforçar que as partes têm a oportunidade de falar e como funcionarão as sessões individuais. Por fim, o mediador

¹⁸⁴ Na prática, essa talvez seja uma das partes mais “constrangedoras” da sessão de abertura, na medida em que contraria as expectativas mais positivas sobre o desfecho. Ao mesmo tempo que se pede que as partes se abram ao diálogo em um ambiente acolhedor e seguro, segue a advertência de que o Estado não abre mão do conflito. Caso necessário, o poder penal pode atuar.

¹⁸⁵ É preciso ficar claro que as partes não são obrigadas a participar da sessão e que caso não desejem prosseguir os autos retornarão à vara judicial competente para serem processados, como manda a lei. Essa faculdade, como mencionado no início do capítulo, nem sempre fica clara as partes logo na sessão de abertura. Ao longo do processo de mediação é comum que as partes indaguem sobre as alternativas que tem em relação ao caso. Por isso, a importância do mediador esclarecer as consequências da recusa das partes em participar da mediação.

diz quem deve falar primeiro e questiona se tudo ficou claro, se as partes entenderam tudo que foi dito e se tem alguma pergunta.

Em nenhuma das sessões que participei, ouvi dos mediadores o alerta às partes da possibilidade de realização de novas sessões, caso a sessão agendada não fosse frutífera. É comum, todavia, que os mediadores digam que há bastante tempo para conversar sobre o problema de modo a deixar as partes mais à vontade e demonstrar preocupação com o caso.

Consoante se ressaltou anteriormente, em uma situação discursiva aparentemente ideal, a condição de tempo é fundamental para o diálogo e a construção de soluções conjuntas.

1.3.9.2 Reunião de informações

Após a sessão de abertura, conjunta ou privada, o mediador deve tentar escutar cada uma das partes individualmente. É importante que seja dada oportunidade para que as partes falem e sejam ouvidas, que coloquem seu ponto de vista e expressem livremente seus sentimentos. Durante o diálogo, recomenda-se que o mediador utilize perguntas abertas que permitam o esclarecimento de questões, identificar interesses subjacentes (e não apenas os juridicamente tutelados) e sentimentos.

Ele deve fazer um resumo da controvérsia em linguagem apropriada (não técnica e que não use termos que incitem a raiva, ressentimento e angústia) e recontextualizar a disputa de forma positiva. Essa atitude representa uma recusa da verdade objetiva de que a discussão sobre o conflito é uma etapa da justiça penal. Deixa-se de acionar categorias como crime e pena de forma explícita no processo de argumentação para se adotar uma linguagem eufemística (como linguagem de recusa) que permite que os sujeitos envolvidos no conflito abandonem seus interesses meramente calculistas em favor da cooperação (BOURDIEU, 2014).

Antes de passar as sessões individuais, porém, o mediador precisa tomar cuidado nessa fase de transição para o início das narrativas. Como o mediador não conhece a história, a fim de compreender a disputa, ele precisa que as partes revisem e esclareçam suas percepções sobre os fatos, eventos, compromissos, obrigações e outras questões (McEWEN; MAIMAM, 1984). Contudo, nessa transição, ele deve evitar colocações que enfraqueçam sua imparcialidade, sinalizem um tratamento desigual e/ou fortaleçam as posições adversárias das partes, por exemplo, apontar

umas das partes como vítima ou agredida: “Fulana de tal, como senhora é a vítima, vamos começar com sua versão da história”; ou, ainda, “Como a senhora levou o tapa no rosto, começaremos por você”.

O recomendável é que o mediador utilize expressões neutras ao informar quem será ouvido primeiro. Ele pode simplesmente dizer: “Vamos começar com quem deu conhecimento do fato à autoridade policial”; ou, ainda, “Vamos começar com quem fez o registro da ocorrência e deu início ao processo”.

Nas causas cíveis, as partes são, na maioria das vezes, ouvidas em conjunto. A ordem nas falas é definida pela identificação de quem ajuizou a demanda nos Juizados Especiais Cíveis. Durante meu treinamento como mediador, a metodologia empregada nos conflitos penais era igual à adotada para as causas cíveis¹⁸⁶. As partes eram ouvidas de forma conjunta, embora o mediador pudesse a qualquer tempo provocar a realização de sessões privadas.

Nas sessões de mediação penal que pude acompanhar, porém, a regra é a realização de sessões privadas logo após a sessão de abertura. Na prática, após a abertura o mediador simplesmente informa que começará com uma das partes e pede que a outra deixe a sala. Em nenhuma das audiências que presenciei, a parte preterida questionou a ordem das falas. Assim, não há um frente a frente do início ao fim.

Na esfera criminal, a separação inicial entre autor e vítima é entendida como necessária e útil para uma explicitação mais adequada do ponto de vista dos atores e como um convite ao reconhecimento como condição para o entendimento e a reparação. Espera-se que as partes, após descarregarem seus sentimentos, permitam-se dialogar umas com as outras. Contudo, o que pude perceber é que essa forma de lidar com o problema dificulta a dramatização adequada dos conflitos e, por vezes, não favorece o reconhecimento como fator indispensável à comunicação. É que a falta de um frente a frente frustra as oportunidades de fala e impede que as partes enxerguem no outro um interlocutor digno de consideração.

A dimensão procedimental, nesse caso, inviabiliza ou dificulta que a dimensão relacional ou interacional entre as partes ganhe força. Por isso, entende-se que o encontro das partes permitiria que sinais de angústia, remorso, desamparo ou culpa desencadeassem empatia/compaixão ou perdão nos presentes e, assim, facilitasse a

¹⁸⁶ Para comparar a experiência de observação das práticas de conciliação nos Juizados Especiais Cíveis do TJDF, ver a tese de Vieira (2017).

comunicação e o entendimento (STOKKOM, 2002). Uma parte importante do frente a frente é justamente possibilitar que as emoções toquem o outro. O encontro permite explorar os benefícios éticos dessas emoções.

Após a saída de uma das partes, o mediador deve gentilmente pedir que o participante que permaneceu descreva ou conte os fatos que o trouxeram à mediação. Nesse momento, parece que se dá a entender que a parte escolheu o processo de mediação, as questões que pretende resolver e os interesses que motivaram sua vinda.

Ressalta-se que o material de capacitação de mediadores se destina tanto a formar mediadores que atuarão em demandas cíveis como criminais. No caso das demandas cíveis, o pedido do mediador faz sentido para partes, já que elas requereram algo junto aos Juizados Especiais Cíveis. Elas formularam um pedido e deram início ao um processo.

Contudo, no âmbito penal, as demandas chegam aos JECRIM pelas mãos da polícia civil. A parte não formulou nenhum pedido. Na realidade, ela apenas comunicou ou registrou um fato (ocorrência) e solicitou providências por parte dos órgãos estatais.

Esse tipo de fala do tipo: “Sr. Sicrano, por gentileza descreva os fatos que o trouxeram aqui, as questões que deseja resolver e, sobretudo, os interesses que motivaram sua vinda até aqui” não guarda muito sentido em questões criminais, se no discurso se oculta o registro criminal pretérito.

Faria mais sentido se o mediador dissesse:

Sr. Sicrano, o senhor registrou uma ocorrência em relação ao aconteceu entre o senhor e o Sr. Fulano. Essa ocorrência foi encaminhada à Justiça pela Polícia e depois encaminhada para o Centro de Justiça Restaurativa para uma tentativa de mediação. O registro da ocorrência está aqui, mas eu gostaria de ouvir do Sr. o que aconteceu e o que Sr. gostaria de ver resolvido aqui.

1.3.9.3 Controle do tempo

O controle e o equilíbrio do tempo são pontos importantes durante o processo de reunião de informações. O mediador necessita assegurar que os participantes tenham igual oportunidade e tempo de expressão: falar sem ser questionado nem interrompido significa ser levado a sério. Contudo, ele precisa cuidar para que os participantes não falem a qualquer momento.

Em que pese seja considerada um procedimento informal, a mediação possui regras que devem ser respeitadas. Uma delas, essencial para viabilizar a dimensão procedimental da justiça, no sentido de dar voz as partes em igualdade de condições, é não interromper.

A forma e o momento de intervir para pedir que uma das partes seja mais objetiva ou que não fale enquanto a outra pessoa está contando algo depende de uma certa sensibilidade do mediador e pode refletir na percepção de justiça das partes. Uma intervenção inoportuna pode minar a confiança dos participantes no mediador e no processo de mediação. O mediador deve ser firme, contudo precisa cuidar para não se exceder. O excesso de rigor no ato de interromper pode tolher a comunicação, gerar antagonismo e tirar a confiança dos participantes no mediador e no processo.

Uma técnica apontada como eficaz para interromper a mediação sem prejudicar a comunicação é inicialmente validar o sentimento gerador da interrupção para somente depois relembrar a importância da não interrupção. Por exemplo:

Gilberto, é normal ter vontade de falar quando um ponto importante para você é abordado. Como comentamos antes, os melhores resultados são obtidos na mediação quando ela é conduzida ouvindo os participantes sem interrupções. Em poucos minutos abordaremos esse ponto. Gostaria que o senhor não interrompesse a Sra. Maria agora.

Outras técnicas que podem ser utilizadas pelo mediador é interromper momentaneamente a sessão para que as partes possam se acalmar ou pedir que a parte que fala se dirija ao mediador. Por exemplo: “João, ainda é a vez de Marina falar. Marina, você poderia explicar para mim o que aconteceu?”.

Uma ferramenta fundamental para a reunião de informações, contudo, é o que se denominada de escuta ativa. É uma técnica de comunicação em que um ouvinte decodifica uma mensagem verbal, identifica as emoções latentes e depois reformula o conteúdo emocional da mensagem para quem estava falando, usando as mesmas palavras ou palavras similares, porém de uma forma neutra. O exemplo extraído das aulas de mediação é o seguinte:

Participante: “Carlos é egoísta e irresponsável. Cheio de crianças brincando no parquinho e ele solta os cachorros pulguentos e bravos”.

Sentimentos identificados: irritado com atitude do Carlos e preocupado com a segurança das crianças.

Mensagem reformulada de forma neutra: “Pelo que a Senhora falou percebo que se sente irritada e preocupada com a situação, e que gostaria que Carlos respeitasse as regras de uso do parquinho?”

Durante os exercícios simulados de mediação, pude perceber que executar com precisão a escuta ativa não é fácil. Reformular o conteúdo verbal em termos neutros¹⁸⁷ exige não apenas muita atenção naquilo que é falado, como também reprocessar o próprio vocabulário.

Os instrutores alertaram que esse processo de escuta ativa demanda prática e que por isso era importante que o treinamento contemplasse não apenas uma parte teórica e prática (simulação), mas também o estágio supervisionado.

1.3.9.4 A estética e o ambiente emocional

O ambiente das salas de mediação, a organização do espaço e o posicionamento das partes e do(s) mediador(es) têm um forte conteúdo simbólico¹⁸⁸. Ele é todo pensado para assegurar um ambiente produtivo para mediação. Um ambiente que suscite cooperação e reciprocidade.

Santos (1988) ressalta a importância da retórica das coisas ou como materiais (artefatos) funcionam como instrumentos da retórica institucional e por vezes são decisivos no processamento do litígio. O espaço físico, o tipo e a forma de organização do mobiliário, vestimentas, emprego de vocabulário técnico, carimbos etc. servem para criar uma distância proposital entre a vontade das partes e a instituição que produz a norma em concreto. Trata-se de uma distância que protege e legitima a autoridade de quem decide (CHASE, 2014).

O espaço judiciário é percebido como uma espécie de mundo temporário ou espaço fechado e separado do centro do mundo cotidiano, habitual, especialmente pensado e construído para exercer a função para a qual é designado. Um espaço que encarna e cria a ordem e que simboliza a lei (GARAPON, 1997). Por isso, a estética do ambiente de mediação se afasta um pouco da estrutura tradicional dos órgãos judiciários, em que as partes ficam em um nível inferior ao juiz responsável por julgar

¹⁸⁷ O manual da mediação dá muita ênfase à neutralidade e imparcialidade do mediador como características indispensáveis ao procedimento da mediação. Nesse sentido, refere-se não apenas à necessidade de uma postura neutra ou sem preconceitos em relação às partes e ao objeto em disputa (o mediador não pode e não deve tomar partido), como também no uso de uma “linguagem neutra”, elaboração de um “discurso neutro” e a utilização de um “ambiente neutro”. Em muitas situações as palavras neutralidade e imparcialidade são empregadas indistintamente como qualidades ou habilidades necessárias ao mediador (BRASIL, 2016).

¹⁸⁸ Os rituais intrínsecos às formas de resolução de disputas se colocam no bojo deste conjunto de formas simbólicas que identificam a maneira como poder e autoridade é distribuído entre os envolvidos (CHASE, 2014; GEERTZ, 1983).

o caso e são colocadas frente a frente, em posição de opositores, em uma mesa retangular.

Figura 4 – Sala de audiência das TJDFT¹⁸⁹.



Fonte: Imagem de internet

Nas salas de mediação, as mesas são redondas e todos se sentam em um mesmo nível. Ao contrário da estética hierarquizada do modelo tradicional, os espaços de mediação procuram transmitir a quem participa do processo autocompositivo a noção de que não há um decisor, ou seja, alguém investido de um saber especializado e com autoridade para definir os rumos do conflito. A estrutura é pensada para que as partes percebam que naquele ambiente serão tratadas com igual respeito e consideração, serão devidamente ouvidas e terão a oportunidade de decidirem, elas próprias, com a ajuda do mediador, seus próprios litígios.

Por isso, além do tipo da organização do espaço e do tipo de mobiliário, os mediadores, em regra, não trajam terno e gravata, não se utilizam da linguagem

¹⁸⁹ Imagens extraídas do site: http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/fotos/destaques/sala-de-audiencia/image_view_fullscreen.

técnica dos especialistas em direito (tecnologia conceitual), não manuseiam os autos ou apresentam documentos e não se utilizam de expressões de ordem que denotem uma autoridade acima das partes. É que, onde há um código legal e uma linguagem técnica, a habilidade de manipular essa linguagem se torna importante para determinar o poder relativo de seus utilizadores (O'BARR; CONLEY, 1985).

Assim, o objetivo é afastar a frequente dramatização da esfera de oficialidade e a alteridade normativa (entre a vontade das partes e a vontade do juiz) e, assim, produzir uma ruptura com os fetiches jurídicos da forma escrita cartorial, em que os textos não valem necessariamente pelo seu conteúdo, mas por serem textos e serem oficiais (SANTOS, 1988).

O resultado é um espaço retórico para o direito da mediação, em que as partes podem discutir abertamente as questões que lhes dizem respeito e construir em conjunto uma solução normativa para caso. A conversação nas audiências busca se aproximar do que seria uma conversa ordinária, em linguagem comum, e não um debate apoiado em uma linguagem técnica ou jurídica.

Figura 5 – Sala de reuniões de mediação¹⁹⁰



Fonte: Foto de Gilmar Félix.

¹⁹⁰ Imagem extraída de <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81753-cnj-atualiza-resolucao-125-e-cria-cadastro-de-mediadores-e-mediacao-digital>.

2 MEDIAÇÃO RESTAURATIVA: UM MODO PRETENSAMENTE DIFERENCIADO DE FAZER DE JUSTIÇA

Quando me propus a observar e analisar os processos de mediação como forma institucional alternativa ou complementar de administração de conflitos penais, meu intuito era identificar que tipo de justiça a mediação pode entregar. Diferentemente do processo tradicional contraditório, em que uma parte acusadora pública (Ministério Público) disputa com o réu (suposto autor do fato) para convencer o juiz sobre quem tem razão e, com isso, produzir uma decisão que confirme a sua verdade, o processo de mediação propõe a criação de um espaço retórico de entendimento e negociação entre os envolvidos no conflito real.

A mediação judicial é considerada uma atividade técnica exercida por terceiro imparcial despido de poder decisório. Em que pesem as partes convocadas à mediação não possam escolher o mediador, esse funcionário da justiça precisa convencer os participantes de que é capaz de auxiliá-los a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia.

As promessas institucionais dão conta de que o procedimento da mediação não é apenas uma forma mais célere, barata e flexível de resolver um conflito, como também é capaz de reestruturar ou transformar as relações conflituosas por meio do diálogo e da negociação.

A mediação é vista como oportunidade – que o processo judicial que pretende produzir verdades e atribuir culpa não dá – para que as partes envolvidas no conflito real se comuniquem e esclareçam as questões, os interesses e sentimentos que surgiram a partir das interações vivenciadas, ou seja, apresentarem umas para as outras como experimentaram o conflito e qual sentido dão para ele.

A mediação ainda se propõe a permitir que as partes exponham suas diferentes perspectivas, identifiquem interesses comuns e antagônicos, explorem e avaliem as possíveis soluções para o caso e, com o auxílio de um terceiro desinteressado, cheguem a acordos mutuamente satisfatórios, quando desejado.

No centro dessa forma alternativa de resolução de disputas, estão princípios como a autonomia, a igualdade e a solidariedade entre as partes em detrimento da autonomia do direito (e das relações processuais) e do caráter desigual e competitivo do processo judicial tradicional.

A legitimidade da decisão não está no procedimento em si, mas no exercício da vontade das partes exercida em condições de igualdade e respeito do ponto de vista do outro. O procedimento, assim, recusa qualquer decisão impositiva e se abre à formulação de soluções construídas por meio de um ajuste ou adaptação do direito legal, com o objetivo de preservar plenamente os verdadeiros direitos, interesses e sentimentos dos envolvidos e, quem sabe, reestruturar a relação entre os conflitantes e prevenir futuras controvérsias.

A mediação surge como um método de solução de conflitos pretensamente restaurativo ou reconstrutivo de relações, que despreza as formas jurídicas cartoriais de produção de verdades, típica do processo judicial, em favor da definição consensual dos conflitos e dos direitos em um procedimento oral e informal que possibilita a criação autônoma de normas individuais para a resolução da disputa.

Para isso, espera-se que as partes sejam capazes de se desapossarem de suas posições e convicções e negociarem direitos, sentidos e interesses atinentes à interação experimentada. Exatamente por isso que as práticas de mediação demandam boa-fé e estimulam a confiança dos interlocutores como forma de gerar cooperação. Sem a cooperação e o respeito com o outro, a mediação não funciona, uma vez que o mediador não pode impor uma solução, ao contrário do juiz.

Nesse sentido, meu objetivo neste capítulo é observar criticamente como a justiça restaurativa se propõe a funcionar e como ela funciona de fato.

2.1 CAMPO DE PESQUISA: CEJURES-PLA

Como minha intenção é observar o funcionamento real ou concreto de um espaço ou lugar institucional que adota e aplica técnicas e procedimento de mediação em temas de natureza predominantemente penal, com o propósito de tentar compreender que tipo de justiça as práticas de mediação podem entregar, escolhi como campo de estudo o Centro Judiciário de Justiça Restaurativa em Planaltina-DF – CEJURES-PLA, que cuida das mediações em casos criminais que desembocam nos juizados especiais ou varas criminais ou Júri do referido fórum da cidade satélite.

Minha opção pelo CEJURES – Planaltina estava apoiada em duas razões: a primeira era a possibilidade de imersão no campo de pesquisa, com acompanhamento

e acesso facilitado, uma vez que um dos servidores responsáveis pela unidade (Júlio Cesar) foi meu instrutor no curso de mediação¹⁹¹.

A segunda razão foi a possibilidade de completar minha formação como mediador e me habilitar a participar do procedimento a partir de uma posição institucional nativa e, com isso, ser capaz de intervir no campo e olhar essa forma específica de administração de conflitos jurídicos com uma preocupação antropológica, já que a parte prática supervisionada do curso não foi realizada.

O campo de pesquisa foi realizado no segundo semestre de 2016, entre os meses de agosto e novembro. Nesse período, pude participar como ouvinte/observador de diversas audiências na referida unidade, bem como conversar com servidores e usuários do serviço.

A unidade de justiça restaurativa de Planaltina é pequena¹⁹². O CEJURES-PLA iniciou as atividades em março de 2016 como um posto avançado do Centro Judiciário de Justiça Restaurativa do Núcleo Bandeirante (CEJURES-NUB). No período em que visitei de forma mais assídua a unidade, havia apenas dois servidores e três estagiários atuando como mediadores. Uma terceira servidora havia sido designada para trabalhar no centro após realizar o curso de formação de mediador. Contudo, no período em que lá estive, ela ainda não se considerava preparada para atuar como mediadora e apenas acompanhava as sessões, assim como eu. O objetivo dela era acompanhar as sessões para ganhar experiência e logo poder atuar acompanhada de um mediador mais experiente ou sozinha.

Durante minhas observações realizadas no Centro Judiciário de Justiça Restaurativa de Planaltina, logo de início ouvi dos mediadores que “mediação não é para tudo e nem é para todos”. Eu já havia ouvido isso durante o curso de mediador oferecido pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal para os delegados de polícia da Polícia Civil do Distrito Federal do qual pude participar como convidado.

A máxima “mediação não é para tudo nem é para todos” significa várias coisas no âmbito do sistema institucional de administração de conflitos autocompositivo mencionado. De uma perspectiva legal, nem todo conflito considerado delito pode ser

¹⁹¹ Como já mencionado anteriormente, no ano de 2015 eu participei como aluno de um curso de treinamento de mediadores, oferecido pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal em parceria com a Polícia Civil do Distrito Federal.

¹⁹² Na época somente havia a unidade o CEJURES-NUB e o CEJURES-PLA. Em setembro de 2017, por meio da Portaria Conjunta n. 81, de 28 de setembro de 2017, foram criadas as unidades do CEJURES vinculadas ao Núcleo Permanente de Justiça Restaurativa (NUJURES) do Gama e de Santa Maria.

negociado, ou seja, submetido a um processo de mediação que importe em uma solução construída exclusivamente pela vontade negociada das partes. É passível de solução negociada uma classe de conflitos que pode ser denominada “disponível”, em que o Estado autoriza que as partes negociem uma solução sob a sua supervisão. De modo geral, são conflitos disponíveis aqueles cuja institucionalização ou judicialização¹⁹³ do conflito depende do consentimento da parte ofendida, como são os casos de delitos de ação penal de iniciativa privada ou ação penal pública condicionada à representação¹⁹⁴.

Em termos estruturais, estão sujeitos à mediação os conflitos em que as partes estão devidamente identificadas e possam ser colocadas frente a frente, bem como que aceitem negociar uma solução¹⁹⁵. Há pessoas que preferem uma decisão sobre a questão litigiosa de um terceiro imparcial, investido de autoridade, por terem dificuldades em construir suas próprias soluções, notadamente pela falta de segurança de que aquela solução acordada seria a melhor solução.

Pesquisas relacionadas à justiça procedimental nos Estados Unidos revelaram que há vários motivos que levam que as pessoas optem pelo procedimento decisório ou adjudicatório em lugar de procedimentos conciliatórios de mediação ou negociação. Entre eles: a) a natureza do conflito; b) o desejo do controle ou de decisão por um terceiro imparcial; e c) as próprias preferências dos envolvidos derivadas de concepções culturais a respeito da melhor forma de resolver uma disputa (VIDMAR, 1992, p. 224).

A natureza do conflito ou interesses subjacentes podem determinar a preferência entre procedimentos conduzidos por uma autoridade (juiz) e os

¹⁹³ Não propriamente a institucionalização, uma vez que há situações em que os conflitos são registrados junto às polícias, ainda que à revelia das partes envolvidas e que somente na fase judicial a parte ofendida pode optar por não dar seguimento à intervenção institucional, como são os casos de delitos relacionados à Lei Maria da Penha. Nos termos do art. 16 da Lei 11.340/2006, somente em sede judicial a parte ofendida pode renunciar ao direito de representação (Art. 16. Nas ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida de que trata esta Lei, só será admitida a renúncia à representação perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público.

¹⁹⁴ De um modo geral, toda ação penal é pública, na medida em que o Estado detém o monopólio da persecução criminal. Contudo, a lei atribui, em alguns casos, às vítimas ou seus representantes a legitimidade para propor ou autorizar a propositura da ação penal pelo Estado. O art.100 do Código Penal dispõe que “a ação penal é pública, salvo quando a lei, expressamente, a declara privativa do ofendido”. Nesse caso, a natureza “privada” ou “condicionada” da ação tem que estar prevista em cada tipo penal de maneira específica.

¹⁹⁵ Nos termos do § 2º do art. 2º da Resolução 225 do CNJ, é condição fundamental para que ocorra a prática restaurativa, o prévio consentimento, livre e espontâneo, de todos os seus participantes, assegurada a retratação a qualquer tempo, até a homologação do procedimento restaurativo.

procedimentos baseados no compromisso e na flexibilidade, como a medição, sobretudo quando o que está em jogo são percepções distintas e algumas vezes equivocadas ou maliciosas da realidade (O'BARR; CONLEY, 1985). Em tais casos, o objetivo não é o acordo, mas a vingança e os objetivos da parte litigante poderão ser melhor obtidos por meio de julgamento e da punição (VIDMAR, 1992).

A juíza coordenadora do projeto¹⁹⁶ chamou a atenção para isso:

Muitas vezes, as pessoas não chegam a um acordo na audiência de conciliação ou mediação porque preferem ou se sentem mais seguras com a decisão de um juiz. É algo cultural, uma necessidade de tutela. De alguém que diga qual a melhor solução.

Um dos mediadores reforçou esse ponto de vista a partir de sua experiência em casos de natureza cível. De acordo com ele,

[...] às vezes, as pessoas não fecham um acordo durante a sessão de conciliação, mas aceitam um acordo semelhante ou até alguém do que poderiam ter estabelecido na frente do juiz. Alguns juízes chegam a relatar que as partes, antes totalmente posicionadas, chegam 'amaciadas' na audiência. Nesse sentido, a sessão de conciliação ou mediação serve como uma semente de conciliação. Nem sempre, porém, o acordo firmado perante o juiz é o melhor do ponto de vista da extensão de interesses e sentimentos envolvidos, mas fornece segurança de que a decisão foi tomada sob a tutela de uma autoridade.

Embora possa causar certo estranhamento à primeira vista o fato de alguém preferir que o juiz decida o caso em seu lugar, mesmo que a punição aplicada não tenha relação direta com a ofensa, somente a compreensão profunda das causas e efeitos da disputa pode esclarecer a preferência pela tutela judicial¹⁹⁷.

Entre as razões dessa conformidade ou da disposição em permitir que uma autoridade decida o conflito, estão o autointeresse (*self-interest*) e o desejo em ver a justiça sendo feita. Essas motivações incluem uma percepção de que os resultados produzidos são justos, isto é, a disposição em se sujeitar está relacionada ao grau em que elas acreditam que a decisão pode lhe ser favorável ou justa (em termos

¹⁹⁶ A juíza Catarina de Macedo Nogueira Lima e Correa atuava do fórum de Planaltina. Ela também é uma das juízas coordenadoras do Núcleo Permanente de Justiça Restaurativa (NUJURES) e os Centros Judiciários de Justiça Restaurativa (CEJURES), unidades integrantes da Segunda Vice-Presidência do TJDF, que são responsáveis pelo planejamento e pela implementação da Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário do Distrito Federal, conforme a Resolução nº225 de 31 de maio de 2016 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ.

¹⁹⁷ Tyler (2003) chama a atenção para o que ele chamou de "psicologia da deferência", que nos levar tentar compreender porque as pessoas estão dispostas a ceder seu comportamento a autoridades legais, permitindo que essas autoridades resolvam disputas e regulem os comportamentos.

distributivos ou de uma justiça do resultado, o “dar a cada um o que merece”); e/ou que os resultados foram produzidos dentro de um procedimento justo, ou seja, um procedimento sujeito a regras (TYLER, 2003)¹⁹⁸.

A confiança depositada na pessoa do juiz é certamente um fator que influencia essa escolha¹⁹⁹, sobretudo quando acordos anteriores foram desrespeitados e há a reiteração de práticas ofensivas, experimentada principalmente em relações de caráter continuado (como relações entre cônjuges, parentes, amigos, vizinhos etc.). Nesses casos, a persistência da agressão reforça a crença de que autoridade judicial é a única capaz de solucionar o caso.

A participação em um procedimento, nesse caso, representa a vontade de ser ouvida e considerada por uma autoridade (O’BARR; CONLEY, 1985). Algumas pessoas estão menos preocupadas em ter o controle direto sobre as decisões tomadas (TYLER, 2003). E, nesse caso, a mediação certamente não funcionará.

Ocorre que, em muitas situações, tanto a vítima como o ofensor podem não ter a compreensão correta do que é a mediação e dos resultados que essa é capaz de produzir pela insuficiência dos esclarecimentos necessários e pelo apego irrefletido a uma imagem de justiça que não admite soluções conciliatórias.

Além disso, muitas vezes as partes são cerceadas em suas narrativas, tanto do ponto de vista formal (restrições à maneira como podem contar suas histórias) como substancial (temas que podem ser levantados em audiência). A vedação à apresentação de provas (documentos, registros, testemunhas etc.) que compõem a forma como pessoas querem contar suas histórias ou a limitação da invocação de certos temas podem contribuir para que as partes prefiram promover uma interação verbal com a alguém dotado de autoridade (O’BARR; CONLEY, 1985).

Mas, também, o ressentimento, o temor, o cinismo e a hostilidade em relação ao outro podem motivar a parte a preferir retribuição (leia-se, punição) à composição. Há que se ter em vista a impossibilidade de se impor aos participantes uma forma

¹⁹⁸ Sobre a importância da justiça procedimental como forma de obter conformidade, ver Thibaut; Walker (1974); Lind et al., (1993).

¹⁹⁹ Um conceito de confiança institucional que serve bem ao propósito aqui mencionado é o de Giddens (1991, p. 40): “[...] a confiança é estabelecida a partir da crença de uma pessoa num dado conjunto de resultados e eventos. Essa crença expressa uma fé na probidade ou no conhecimento técnico do outro. Isto significa que o perigo e os riscos estão neutralizados ou minimizados por se acreditar no outro ou no sistema instituído, uma vez que, em condições de modernidade, a confiança está vinculada à contingência e não mais à ideia de “acazos controlados pelos deuses”. Consoante ressaltado em outro lugar, a confiança institucional ou falta dela, porém, pode ser substituída por uma confiança particularizada na pessoa do agente público (policial, juiz, promotor etc.).

correta de viver bem com outro e fazer o que é correto. Em outras palavras, em impor uma vivência moral, na medida em que a moralidade exige de nós sacrifícios (NAGEL, 2004).

Eu pude confirmar essa percepção, compartilhada pelos atores institucionais com quem conservei, durante algumas sessões em que participei como observador. Há uma crença compartilhada por algumas pessoas de que o agente estatal tem melhores condições de avaliar o conflito e decidir quem tem razão, principalmente em situações em que as partes estão firmemente posicionadas como adversárias ou quando já experimentaram negociações frustradas²⁰⁰.

Uma das coisas que notei é que algumas pessoas preferem que o juiz lhes dê razão, sobretudo se elas têm provas ou a convicção de que não causaram o problema, bem como não encontram na outra parte o mínimo de reconhecimento (qualidade de tratamento interpessoal) ou autorresponsabilização (remorso, culpa, arrependimento). Além disso, há uma crença ainda presente de que o juiz pode impor uma solução que deve ser respeitada pelas partes, sobretudo quando acordos anteriores são descumpridos.

Mesmo em casos em que há um prejuízo financeiro considerável em virtude da ofensa – como no caso de Viviane, que destruiu diversos bens de seu ex-companheiro, Carlos (armário, roupas etc.)²⁰¹, que denominei de *déjà-vu* –, a questão financeira nem sempre é o ponto central da disputa. O mediador por mais de uma vez tentou que Carlos (ofendido) informasse um valor que cobriria seus prejuízos. Contudo, Carlos insistiu que preferia que o juiz arbitrasse.

Ainda que informado pelo mediador de que provavelmente ele não seria ouvido em um eventual processo judicial e que o valor arbitrado poderia não corresponder aos danos que de fato teve com a ação de Viviane, ele entendia que o juiz era a pessoa mais adequada para definir a melhor solução para o caso. O que o motiva a agir dessa forma são as tentativas frustradas de composição experimentadas anteriormente, além da fadiga do sentimento de compaixão/empatia que impedia diálogo.

²⁰⁰ Em algumas situações, isso aparece de maneira muito evidente, como, por exemplo, nos casos que denominei de “Novela mexicana” e “No Déjà vú”. No primeiro, a suposta vítima queria vencer a disputa e destruir sua adversária. E ela estava convicta de que suas provas iriam convencer um juiz de que ela tinha razão. Já no segundo, a falta de confiança em sua interlocutora (ex-companheira) e na capacidade do procedimento em dar uma solução adequada em termos compositivos, levou a vítima a preferir abertamente a intervenção de um juiz.

²⁰¹ Apresento o caso de forma detalhada mais adiante.

Muitos disputantes também manifestam um desejo de controle sobre a decisão, a partir da compreensão de que seus interesses serão melhor atendidos por meio de um julgamento por uma autoridade. Nesse sentido, Thibaut e Walker (1978, p. 563) propõem a resolução de disputas tem dois estágios: o estágio do processo (*process stage*) e o estágio da decisão (*decision stage*). Com isso, é possível que as partes conservem o desejo de controlar o processo, ou seja, de dar início ao procedimento e decidir sobre sua continuidade (propositura, desistências), mas preferir que um terceiro imparcial dotado de autoridade resolva a questão²⁰². A suposição de que as partes querem sempre controlar inteiramente o processo de resolução de disputas nem sempre se confirma²⁰³.

Um detalhe, porém, é que a opção entre um ou outro procedimento está apoiada no desejo ter acesso ao espaço institucional e a uma autoridade (juiz) para quem possam explicar seu lado da disputa. Assim, ao perceberem a ausência de uma autoridade, as partes podem se sentir frustradas, sobretudo quando querem convencer o julgador de que têm razão (O'BARR; CONLEY, 1985).

Há, ainda, situações em que a decisão por um terceiro é aparentemente necessária, como nos casos de grande desigualdade de poderes entre as partes ou quando o procedimento de mediação falhou. Contudo, como visto anteriormente, é preciso entender que o juiz tem de fato uma participação discreta e pouco efetiva em procedimentos dos JECRIMs, como também a vítima não é, em regra, chamada a participar do procedimento para contar sua versão da história e dizer o que quer. Assim, quando a mediação se mostra inadequada, há pouco a se fazer em termos de equidade (procedimental).

O terceiro fator que move as partes a preferirem o procedimento conduzido por uma autoridade é a crença de que esse tipo de procedimento goza de maior legitimidade, independentemente do tipo de resultado alcançado²⁰⁴ (VIDMAR, 1992). O modelo procedimental fundado na verdade (em argumentos e provas) e na decisão por um terceiro imparcial é, assim, considerado mais justo que o procedimento de mediação. Mas não apenas isso. Há também a percepção de que a participação no processo representa ser reconhecido como ator importante no processo e,

²⁰² Nesse sentido, ver as observações de O'Barr e Conley (1985) sobre os juizados de pequenas causas nos Estados Unidos.

²⁰³ Consoante, por exemplo, observou Vidmar (1992) durante a observação das práticas de administração de conflitos nos Estados Unidos.

²⁰⁴ Nesse sentido, por exemplo, Luhmann (1980).

principalmente, de ser qualificado como vítima, ainda que essas percepções do ponto de vista prático se mostrem irrealistas.

2.1.1 Situações problemáticas a cargo do CEJURES

Em levantamento realizado no ano de 2018²⁰⁵ (até o mês de setembro), é possível observar o grande número de registros de crimes de menor potencial ofensivo realizados no Distrito Federal. Foram registradas nesse ano 49.873 ocorrências nas diferentes unidades da Polícia Civil do Distrito Federal, sendo que, desse montante, 21.892 (43,89%) são termos circunstanciados relacionados a delitos de menor potencial ofensivo.

Consoante ressaltado em outro lugar, nem todas as situações criminais são registradas e processadas pelas polícias civis e nem todas as ocorrências de crime de menor potencial ofensivo são enviadas e processadas pelo JECRIM. Acordos informais e renúncias são comuns em âmbito policial. Como já alertado em outro lugar, há diversos filtros que selecionam as situações que serão submetidas ao crivo do Poder Judiciário (BARBOSA, 2014)²⁰⁶.

São tratadas pelo CEJURES, portanto parte dessas demandas ou conflitos de menor potencial ofensivo que são efetivamente judicializadas ou, ainda, algumas situações graves que merecem uma intervenção mediadora. Os autos que noticiam o fato em disputa chegam ao CEJURES-PLA na forma de cópia e são devidamente capeados e etiquetados. Com base nas informações contidas nos autos, as partes envolvidas são intimadas, por correspondência ou por telefone, a comparecer ao fórum para uma tentativa de mediação.

²⁰⁵ Dados colhidos da base dados do CDF/DGI/DATE/SE- Polaris da Polícia Civil do Distrito Federal.

²⁰⁶ Em levantamento anterior realizado pela Polícia Civil do DF para justificar a aprovação do projeto do Núcleo de Pacificação Social – NUPAS, que previa a realização de audiências de conciliação na própria PCDF em crimes de menor potencial ofensivo, entre os anos de 2012 e 2014, os números de ocorrências (BO) são significativamente mais elevados. Esse tipo de ocorrência representava cerca de 1/3 do total de registros de ocorrência feitos pela instituição de polícia judiciária: 2012 – 131.710 (36,03%) (total de registros: 365.515); 2013 – 149.158 (36,24%) (total de registro: 411.539); 2014 – 150.043 (34,28%) (total de registros: 437.694). A fonte dos dados é o DATE/DGI/PCDF. Pela diferença entre o número de registros de ocorrência e o número de Termos Circunstanciados instaurados, nota-se o grande filtro da seletividade. Um dos principais filtros é a não identificação das partes. Todavia, em que pese a diferença entre o registrado, classificado e processado, o mais importante é que quantidade de situações, em tese, passíveis de serem administradas pelos CEJURES ainda é muito grande, cerca de 20 mil por ano.

As situações mais comuns que são tratadas na unidade de Planaltina são brigas de vizinho e violência doméstica²⁰⁷, que geram uma série de delitos, como perturbação de sossego, injúria, ameaça, vias de fato, lesão corporal e dano: “Há muitas brigas entre vizinhos. Pelo menos uma por dia. Como as casas são germinadas na cidade, com paredes coladas umas as outras, há muita reclamação de perturbação de sossego (som alto)” (Mediadora).

Em que pese não ter me sido disponibilizado um registro oficial do número de casos em que as partes comparecem às sessões de mediação, os mediadores ouvidos afirmaram que pelo menos a metade (cerca de 50%) das pessoas convidadas comparecem à CEJURES²⁰⁸. De acordo com um mediador:

O comparecimento às audiências é obrigatório, mas muitos não comparecem. Por isso, são marcadas várias audiências. Nós insistimos, às vezes, perguntamos quando ficaria bom às partes, mas muitos não vão. Alguns dizem que irão aparecer, mas não aparecem. Outros dizem que têm compromissos, não têm com quem deixar os filhos ou faltar ao trabalho e simplesmente não aparecem.

Os servidores do CEJURES ainda tentam realizar novos contatos, reagendar as audiências como forma de ampliar o número de atendimentos, mas muitas pessoas preferem não comparecer. Muitos ainda não compreendem o que é a mediação ou mesmo sabem por que estão sendo chamados para comparecer ao fórum²⁰⁹.

²⁰⁷ A Ordem de Serviço nº 02, de 9 de fevereiro de 2018, publicada no Boletim de Serviço da PCDF de 06/03/2018, que estabelece normas específicas para a implementação e o funcionamento do Projeto Piloto de Polícia Judiciária Restaurativa no âmbito da PCDF, prevê que serão objeto de mediação restaurativa pela instituição policial o seguintes crime e contravenções penais: a) lesão corporal simples e culposa (art. 129, caput e § 6º do CP); b) calúnia (art. 138 do CP); c) difamação (art. 139 do CP); d) injúria (art. 140 do CP); e) ameaça (art. 147 do CP); f) dano (art. 163, caput, do CP); g) vias de fato (art. 21 da LCP); h) perturbação da tranquilidade (art. 65 da LCP); i) lesão corporal na direção de veículo automotor (art. 303, caput, do CTB,) exceto quando combinado com o art. 291, § 1º, do CTB.

²⁰⁸ Em um estudo realizado no núcleo de mediação instalado na 30ª Delegacia de Polícia em Fortaleza/CE, os pesquisadores verificaram que muitas pessoas convidadas a comparecer às audiências de mediação também não compareciam. Uma das razões é que boa parte dos conflitos que seria adequado à mediação é abandonado ou resolvido antecipadamente pelas próprias partes. Dos 417 casos adequados à mediação, foram submetidos à mediação 197 casos. Os 220 casos restantes não foram mediados em razão da desistência (119) (o demandante expressa que não mais aderir à mediação), não adesão (26) (não aceitação expressa do demandado para mediação) e arquivamento (76) (não se consegue manter contato com o demandado e/ou demandante. Em contato com as pessoas atendidas para saber o motivo das desistências ou não adesões, constatou-se que 66% das desistências e 24% das não adesões foram motivadas pelo fato de que, uma vez tendo contato com a mediação na delegacia (pré-mediação), a parte demandante ou a parte demandada solucionaram, por sua própria conta, o conflito (SALES; 2013).

²⁰⁹ Essa mesma incompreensão sobre as diferenças entre conciliação, transação penal e audiência de instrução e julgamento também foi percebida por Gomes de Oliveira (2005) durante sua pesquisa sobre os Juizados Especiais Criminais no Paranoá, no Distrito Federal.

Em uma de minhas visitas ao CEJURES, questioneei justamente como era feita essa comunicação. Se os envolvidos eram informados já no momento da intimação a razão pela qual estavam sendo chamados a comparecer ao fórum ou apenas tomavam conhecimento do problema no momento da sessão de mediação.

Nas intimações por correspondência não constam os fatos em discussão. O que percebi, porém, é que nas comunicações por telefone as partes buscavam se informar sobre o motivo da *convocação* e os servidores informavam, resumidamente, o problema que suscitou o registro da ocorrência policial. Não há uma estatística, porém, se as pessoas que são convocadas por telefone comparecem mais do que aquelas que são convocadas por correspondência.

Porém, a falta de informação sobre o caso ainda é experimentada durante a sessão de mediação. É comum que as partes se sentem frente a frente sem saber exatamente qual é o caso que as levou até ali. Não que elas desconheçam os conflitos que tiveram (ou ainda têm), mas porque, às vezes, há diferentes ocorrências policiais e processos em que ora uma parte figura como autora, ora como vítima.

Não raro as partes ali presentes já participaram de audiências anteriores nos Juizados Especiais Criminais, em que foram celebrados acordos com o Ministério Público para encerramento do caso, com o pagamento de uma obrigação pecuniária (doação de cestas básicas, por exemplo) ou prestação de serviços à comunidade. Ou, ainda, já foram ao próprio CEJURES para participar de audiências de mediação.

Em diferentes situações, acordos anteriores não garantem ou previnem conflitos futuros, sobretudo quando se trata de um vínculo duradouro, que imponha relações frequentes, como de cônjuges, ex-cônjuges, parentes, vizinhos etc. Nesse caso, as partes não sabem bem de que processo ou conflito o mediador quer falar. Muitas vezes, indaguei-me sobre a razão de não se expor o caso de início, na sessão de abertura ou mesmo antes, na convocação para comparecimento.

Na audiência de Carlos e Viviane, por exemplo, ficou claro que essa não sabia sobre qual situação específica seria tratada na sessão de mediação. Ambos já estiveram ali outras vezes. Nas palavras da própria Viviane: “Nós sempre tivemos uma relação conturbada, com discussões, ofensas físicas e verbais. A gente terminou e voltou algumas vezes. E todas as vezes que voltamos novas confusões aconteceram”.

Indaguei o mediador a razão de não contar o fato, esclarecer de início qual processo ou o fato que motivou o convite para sessão, ainda que todo contexto da relação conflituosa, que se prolonga e comumente é composta por múltiplos eventos

conflituosos, possa vir à tona durante a sessão e faça parte do novo termo de composição. Na visão dele, que tem muita experiência em mediação e conciliação, há duas razões que recomendam não expor o caso de início:

A primeira é que as partes sabem o que as trazem aqui. A mediação não está focada apenas no conflito específico. Se há algo que não foi devidamente resolvido em mediações passadas e que suscitaram novas situações conflituosas, o fato específico ou o caso reduzido a termo não é o mais importante, mas a relação como um todo, seu contexto problemático. É a questão do iceberg. Há camadas submersas de sentimentos e interesses que precisam ser atingidas. Às vezes, não acontece na primeira mediação, nem na segunda. Pode ser que não ocorra nunca, que nunca se chegue a uma solução aceitável. Mas cada sessão é uma oportunidade para lidar com a questão de outro modo e tentar resolvê-la. O potencial mínimo ou máximo de restauração depende de até onde se consegue chegar²¹⁰.

Recordei ele de uma situação por nós vivenciada em uma das sessões: um caso de duas mulheres, Elvira e Morgana, que mantêm uma relação conflituosa há 20 anos²¹¹. Típico caso de novela da vida real. A rivalidade é o que move as vidas das duas. Disputam homens, sucesso profissional, influência social, simpatia dos filhos, e, por que não, controle de mecanismos institucionais.

Ambas já foram agressoras e agredidas. Ambas já foram autoras e vítimas; por conseguinte, já estiveram na posição de “donas do litígio”, com o poder de acionar judicialmente a parte oponente ou de desistir do prosseguimento do feito. A cada novo conflito, todo o passado vem à tona. A situação concreta documentada e comunicada durante a sessão é apenas um pedaço da história. Não adianta focar na agressão registrada nos autos. Planaltina é uma cidade muito pequena. As partes se encontram, provocam-se e novas situações de agressão aparecem.

Argumentar para as duas é combater e não dialogar ou construir (AGUILÓ-REGLA, 2015). A solução para o conflito não é o diálogo, mas a distância. Alguém deve ceder, abandonar o “campo de batalha”. Só assim insultos e provocações deixarão de existir. O foco sobre a manutenção da relação não funciona aqui, sobretudo porque falta confiança. E a manutenção das relações depende de confiança relacionada ao caráter, motivações e comportamento futuro do outro (TYLER, 2010).

²¹⁰ Essa percepção de que muitos ofensores sabem que fizeram algo errado também quando chegam na sessão, ainda que essa consciência seja vaga em sua mente, é relatada por Harris et al. (2015) em suas pesquisas de campo. Ele pode não compreender exatamente o que fez: se descumpriu a lei, se causou um dano ou se desapontou alguém antes de ser confrontado com os fatos.

²¹¹ Refiro-me o caso denominado novela mexicana.

É de ressaltar que o mediador em nenhum momento sugeriu que uma das partes efetivamente se mudasse da cidade, muito embora essa solução tenha se mostrado a mais adequada do ponto de vista dele para resolver definitivamente a relação conflituosa. Voltaremos a esse caso mais adiante.

2.1.2 Do novo tempo da mediação

No que toca ao tempo, antes as sessões duravam entre 15 a 20 minutos. Esse tempo, que até poderia funcionar em situações de conflito mais simples, como nas demandas cíveis em que os interesses das partes são predominantemente patrimoniais e não há uma forte carga emotiva envolvida. Contudo, a experiência demonstrou que esse tempo era insuficiente para os casos mais complexos que envolvem relações de múltiplos vínculos e/ou diferentes situações conflituosas inter-relacionadas, como geralmente ocorre nos conflitos de natureza penal.

Não é incomum que apareçam casos de múltiplas ofensas praticadas em diferentes situações de local e tempo. Em conflitos familiares, os chamados casos de Maria da Penha, comumente aparecem tipologias como lesão corporal, injúria e ameaça em um mesmo registro policial (BARBOSA, 2014).

Atualmente, o tempo destinado às sessões é de 1h20min ou mais, conforme a necessidade do caso. A ampliação do tempo destinado a cada sessão de mediação não é um detalhe menor. Há muito mais tempo para que as partes falem e expressem seus pontos de vista em relação ao conflito. Além disso, sem a preocupação com tempo, os mediadores podem trabalhar as diferentes dimensões temáticas do conflito de forma gradual, em sessões conjuntas ou privadas, dar uma pausa para apaziguar os ânimos e retomar a sessão em melhores condições, entre outras coisas.

Em razão do curto espaço de tempo praticado anteriormente, as partes eram ouvidas em conjunto. Não havia tempo suficiente para a realização de sessões privadas, mesmo que previstas nos manuais de mediação.

Com a nova dinâmica, há mais tempo para as partes falarem e serem ouvidas, ou seja, há tempo para que os participantes tenham voz e controle sobre o processo. Essa mudança procedimental tem um impacto importante na dimensão procedimental da justiça, na medida em que representa uma atitude de reconhecimento institucional. Em outros termos, houve uma melhora na qualidade do tratamento institucional por meio da ampliação do tempo de diálogo e interação.

2.1.3 “Eu não li os autos”

Quando o mediador informa que não leu os autos ou, em outras palavras, que não conhece os fatos previamente, ele obriga que as partes falem. O silêncio do mediador e o apelo à verbalização têm por objetivo empoderar as partes e lhes dar a sensação de que elas controlam o discurso (SANTOS, 1988; SCHWEIGERT, 2002).

É comum que o discurso das partes seja confuso, fragmentado e sem uma coerência narrativa, sobretudo quando acompanhado de uma forte indignação moral, que torna o interlocutor incapaz de descrever como a ofensa o afetou. Essa incapacidade de esclarecer aos outros a gravidade da violação à sua pessoa é frequentemente acompanhada de irritação, sarcasmo e amargura (RETZINGER; SCHEFF, 1996).

Quando o mediador diz: “Vamos ver se eu entendi o que aconteceu” e, a partir daí, organiza a fala em termos de questões/problemas, interesses e sentimentos que estão envolvidos no conflito e devolve a narrativa de forma clara e resumida para o orador, ele demonstra que buscou entender o problema em toda sua completude.

O objetivo é separar a pessoa do problema²¹², que, no campo penal, significa distinguir o ato inaceitável da pessoa que cometeu o ato ou insulto. Isso permite que a desaprovação seja dirigida para o ato sem estigmatizar ou degradar o ofensor (BRAITHWAITE, 2003; HARRIS et al., 2015), já que a vergonha pode representar um ataque à autoimagem e envolver um sentido de inferioridade por se tratar a pessoa como problema. Ao redirecionar as emoções agressivas para o ato, o mediador procura reestabelecer o equilíbrio moral na relação (VAN STOKKOM, 2002; 2008).

Não raro as partes se surpreendem e dizem: “Nossa, você entendeu tudo o que eu disse, era isso mesmo que eu queria dizer”. Ou, ainda: “Você explicou melhor do que eu”. Alguns chegam a se emocionar quando o mediador expõe de forma clara as causas e consequências do conflito real. É que em algumas situações essa experiência ressignifica ou recoloca o problema em termos que a própria parte não havia compreendido. E inteligibilidade é fundamental para evitar comunicações distorcidas ou mal-entendido (HABERMAS, 1970; 2012).

²¹² Consoante veremos, isso nem sempre é possível. Há situações em que as partes preferem o combate, a batalha e o procedimento é visto como uma oportunidade para isso.

A dimensão linguística presente nos conflitos precisa ser redesenhada. Aquilo que foi percebido como uma ofensa e restou resumido e contextualizado como um ilícito penal precisa ser reconstruído linguisticamente no espaço retórico da mediação a partir das narrativas pessoais dos participantes. Alterar a percepção que as partes têm em relação ao conflito pode representar uma modificação ou transformação do próprio conflito (COSTA, 2004). As emoções agressivas de raiva e indignação são reformuladas em termos de consequências prejudiciais e necessidades de reparação derivadas da agressão (RETIZENGER; SCHEFF, 1996; VAN STOKKOM, 2002).

Uma técnica apontada como útil na promoção de um recontextualização positiva do conflito é anotar cuidadosamente as falas das partes e resumir os principais tópicos relacionados às dimensões temáticas dos conflitos.

O exemplo a seguir pode bem ilustrar a maneira como a questão é apresentada²¹³. O comprador (parte 1) adquire do vendedor (parte 2) um veículo. O comprador se compromete a pagar a quantia de R\$ 15.000,00 pelo veículo, sendo que entregaria como pagamento 5 cheques no valor de R\$ 3.000,00. Ao tentar depositar o segundo cheque, o vendedor (parte 2) verifica que não há provisão suficiente de fundos no banco para cobrir o valor do título. A parte 2 entra em contato com a parte 1 e diz que o cheque “voltou” e que quer o seu pagamento. A parte 1 pede o cheque de volta e dá outro cheque para parte 2, dizendo que foi algum problema no banco e que o novo cheque poderia ser depositado no início do mês. Na data combinada, a parte 2 dirige-se ao banco e novamente é informado que não há saldo suficiente na conta bancária para honrar o compromisso anotado no cheque. O vendedor novamente entra em contato com o comprador para saber o que aconteceu. O comprador informa que está com dificuldades financeiras e que não tem condições de pagar o que deve. Além disso, diz para o vendedor que o veículo tinha uma série de defeitos que lhe demandaram reparos. O vendedor, todavia, propõe que o comprador devolva o veículo. Contudo, o comprador quer um novo prazo para pagar e só concorda em devolver o veículo se o vendedor lhe devolver o que foi pago até o momento, mais as despesas que teve com o veículo.

²¹³ Essa configuração de categorias de discurso ou de entendimento era utilizada em disputas cíveis e penais. Atualmente, pelo menos no CEJURES-PLA, as categorias aplicadas aos conflitos penais são outras, como veremos a seguir.

O quadro a seguir representa como as categorias e tópicos são acionados para compreensão e elucidação do caso. Em uma folha de papel, o mediador contextualiza ou recontextualiza o problema em termos que podem auxiliar as partes dialogar.

Quadro 3 – Enquadramento do conflito

PARTE 1		PARTE 2	
Questões	Problema de comunicação Perda de tempo Objeto defeituoso	Questões	Problema de comunicação Não cumprimento do acordo (pagamento) Dívida
Interesses	Depreciação do valor do bem Novo prazo para pagamento	Interesses	Pagamento de um valor
Sentimentos	Arrependimento Traição; frustração	Sentimentos	Frustração Arrependimento

Fonte: Elaborado pelo autor.

Se além da disputa patrimonial houvesse algum tipo de agressão passível de ser classificada como um delito, como uma ameaça ou injúria, outras dimensões precisariam ser explicitadas para uma melhor compreensão e equacionamento do conflito.

Ressalta-se, todavia, que o convencimento da necessidade de reconhecimento e reparação é particularmente problemático quando as partes não compreendem o procedimento e o objetivo precípuo da mediação penal, que é a reparação de direitos e a pacificação do conflito e não a atribuição de culpa por meio de uma decisão. Impedir a apresentação de provas elimina uma importante referência discursiva das partes e, muitas vezes, parece para quem participa da mediação que seu problema não é de fato levado a sério. O ofendido não se sente reconhecido como vítima.

A limitação epistemológica é um ponto negativo que impacta a dimensão procedimental da justiça restaurativa e, certamente, tem reflexos significativos sobre a adesão ao procedimento e à boa vontade de negociar um resultado justo.

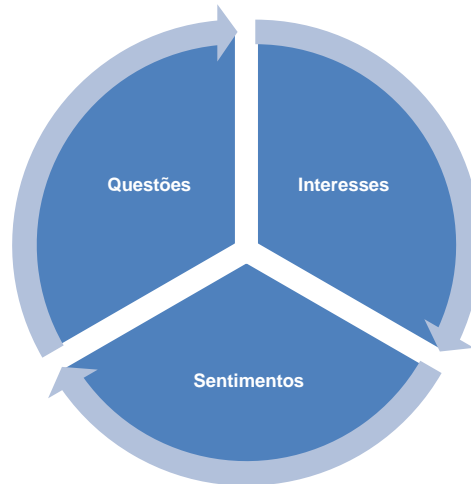
2.1.4 Das dimensões temáticas ou categorias discursivas da mediação penal

Entre o curso de mediador em que participei e minha inserção no campo, houve uma significativa mudança procedimental na forma como CEJURES lida com os conflitos criminais. Entre elas, estão as dimensões ou categorias que deverão ser acionadas para facilitar a discussão do conflito.

Diante da mudança na forma de tratamento do conflito criminal, nas palavras da magistrada que coordena o projeto, “[...] é possível dizer que o CEJURES nasceu há um ano. O que era feito até então era totalmente diferente do modelo agora aplicado”.

O procedimento anterior era basicamente orientado para conflitos cíveis e enfocava essencialmente três dimensões analíticas para compreensão e discussão do conflito: questões, interesses e sentimentos (QIS). A fragmentação do conflito nessas três dimensões tem por objetivo facilitar a análise da controvérsia pelo mediador e gerenciamento do processo. Com isso, o mediador pode identificar o que de fato motiva as partes e conduzir o diálogo para o entendimento por meio do tratamento escalonado dos pontos relevantes do conflito, iniciando-se pelos fatores menos complexos, interesses comuns e sentimentos positivos (BRASIL, 2016).

Figura 6 – Categorias ou elementos de organização do discurso



Fonte: Elaborado pelo autor.

Todavia, essa forma de entender o conflito não atendia adequadamente às peculiaridades dos conflitos de natureza penal.

Nas questões de natureza cível, o foco da discussão está sobre as questões que envolvem direitos e como esses direitos são modulados por meio da expressão de interesses e a expressão de sentimentos. Esses, aliás, que, além de funcionarem

como um elemento de elucidação simbólica — no sentido de possibilitar a melhor compreensão e significado do conflito —, aparecem como uma oportunidade para as partes extravasarem suas emoções e, com isso, ficarem mais tranquilas no processo de mediação. A expressão de sentimentos, assim, funciona como um componente importante da dimensão procedimental do processo de mediação, uma vez que se apresenta como uma oportunidade de falar e ser ouvido.

Nesse sentido, do ponto de vista institucional, verifica-se que é importante que os mediadores reconheçam e validem os sentimentos com o objetivo de identificar os interesses reais que motivaram o litígio, demonstrar às partes que é natural em qualquer relação haver conflitos e possibilitar que as partes discutam as questões centrais que envolvem a reparação (BRASIL, 2016). Questões essas que são mais facilmente mensuráveis e traduzidas em compensação pecuniária.

Já nas demandas de natureza criminal, as práticas de interação intersubjetiva, têm como foco maior a dimensão do reconhecimento²¹⁴, tanto na perspectiva institucional como interpessoal. Assim, a validação de sentimentos e da pessoa do interlocutor deve preceder a discussão de direitos e de reparação. Muitos mais que pensar em mensurar prejuízos, a parte ofendida quer ser reconhecida como vítima pelo mediador, pelo autor da agressão e quer ter certeza de que não será mais agredida.

A valoração da relevância do problema, a partir de um critério monetário, frequentemente não leva em conta o significado da agressão para a vítima que se vê, com isso, multiplamente insultada:

- a) pela ofensa do autor do delito;
- b) pela falta de ênfase na necessidade de reconhecimento do outro e da responsabilidade pelo insulto por parte do agressor durante a interação mediada pelo espaço público;
- c) pela falta de consideração institucional da prevalência da dimensão moral em relação a outras dimensões do conflito na discussão do acordo.

A vítima de uma agressão quer que o agressor se responsabilize pelos seus atos e demonstre arrependimento e, a partir dele, a disposição para reparar o dano. A ênfase sobre a reparação ou conversão do sofrimento em pecúnia não atende

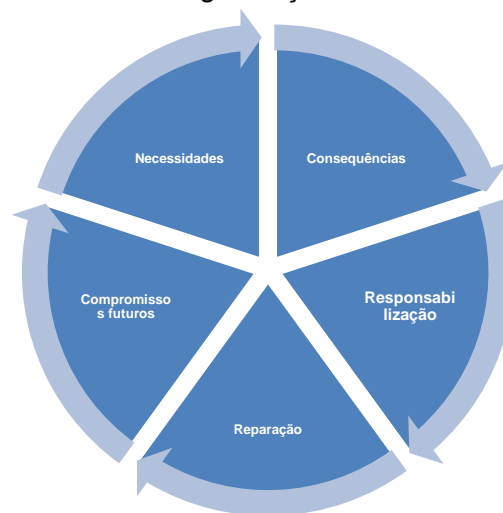
²¹⁴ Não que a dimensão do reconhecimento não seja importante em demandas de natureza patrimonial. Consoante sustento no trabalho, o reconhecimento é uma condição ou requisito formal para o entendimento dentro da estrutura institucional. Ver, nesse sentido, Cardoso de Oliveira (1989; 2008; 2010).

satisfatoriamente às partes, sobretudo à parte ofendida.

Conflitos penais reivindicam, assim, uma tripla dimensão de reconhecimento. Primeiramente, o reconhecimento institucional por meio da criação de condições que possibilitam às partes se reconhecerem reciprocamente e dizerem o que querem. Em segundo lugar, o reconhecimento do outro como digno de igual respeito e consideração, ou seja, como um interlocutor que merece ser ouvido. E, em terceiro lugar, o autorreconhecimento do insulto como condição da interação e um ponto fundamental para facilitar qualquer entendimento no sentido de uma reparação, qualquer que seja ela.

Por isso, a nova metodologia de trabalho aplicada aos casos de natureza penal no CEJURES-PLA leva em conta não mais as três dimensões nativas de análise e elaboração simbólica do conflito: questões, interesses e sentimentos. Pelo menos não de maneira explícita e compartimentada como se fazia antes. Como já apontado anteriormente, os novos elementos ou categorias de organização do discurso acionados durante as sessões de mediação são: a) consequências; b) necessidades; c) responsabilização; d) reparação; e e) compromissos futuros.

Figura 7 – Categorias ou elementos de organização do discurso



Fonte: Elaborado pelo autor.

Na nova metodologia, as partes são conscientizadas das consequências de suas ações/reações e são chamadas a assumir responsabilidades (presentes e futuras). Em outras palavras, o causador do dano é chamado a assumir responsabilidades e a reparar os prejuízos causados, conforme os direitos afetados e as necessidades do outro, bem como de assumir compromissos futuros de boa

convivência e não agressão. Compromissos esses que as próprias partes devem construir.

Essa nova fórmula de entendimento amplia não apenas as possibilidades de tratamento do conflito (dimensão procedimental), com abertura de espaço para discussão de questões e interesses e sentimentos dos envolvidos (dimensões do resultado e interacional), como também o estabelecimento de compromissos sociais.

Além disso, ela reforça a necessidade de se acionar emoções como a culpa, a vergonha, o remorso e o arrependimento. É que, na medida em que o dano é adequadamente encenado e as partes se percebem como vítimas e agressores (ainda que reciprocamente considerados), há pouco espaço para resolverem suas diferenças e encontraram algum tipo de interesse comum (pôr fim ao conflito, viver em paz).

Contudo, em raros momentos durante a realização da pesquisa de campo, todos esses tópicos tomaram lugar na sessão, como consequência das tensões internas do próprio procedimento e de sua dificuldade em permitir a dramatização da agressão e do dano. Na prática, em que pesem as tentativas e a boa vontade dos mediadores, em poucas situações as partes se dispuseram a dialogar ou a encontrar uma solução consensuada. E, mesmo em situações em que se chegou a um acordo, é difícil constatar o grau de satisfação ou restauração promovido pelo encontro.

Em pesquisa realizada no Programa de Justiça Restaurativa do TJDF em 2012, Tiveron (2014, p. 478-79) buscou avaliar, a partir de questionário aplicado aos usuários dos serviços de justiça restaurativa em Planaltina e no Núcleo Bandeirante²¹⁵, “[...] a amplitude da informação, comunicação, reparação e satisfação percebida pelos usuários do sistema de justiça criminal”. Para tanto, a pesquisadora formulou uma série de questionamento que tinham como objetivo confirmar se a justiça restaurativa:

- a) concede maior oportunidade de falar, expressar opiniões e sentimentos;
- b) trata com mais respeito os participantes que o sistema de justiça criminal tradicional;
- c) desperta maior confiança que o processo tradicional;
- d) promove resultados mais satisfatórios em termos de reparação de direitos e sentimentos;

²¹⁵ O instrumento de pesquisa (questionário) foi aplicado a 588 respondentes, sendo 431 em Planaltina e 147 no Núcleo Bandeirante. Os respondentes foram as vítimas, autores, testemunhas ou acompanhantes das partes nas audiências.

- e) resolve o problema com mais frequência;
- f) restaura os relacionamentos;
- g) fomenta soluções alternativas, tais como receber respostas a perguntas que gostariam de fazer sobre o fato, dizer à outra parte como o crime as afetou, que haja um pedido de desculpas, que as partes recebam algum tipo de tratamento ou aconselhamento, que, em vez de preso, o ofensor preste serviços à comunidade ou pague cestas básicas a uma instituição.

A pesquisadora se propôs a testar suas hipóteses por meio da pesquisa de um trabalho de campo em que aplicou questionários aos participantes das sessões. Segue abaixo resultado agrupado dos dados obtidos:

Título 1 – Questionário

Questões	Núcleo Bandeirante		Planaltina	
	SIM	NÃO	SIM	NÃO
1. Você teve oportunidade de falar com a outra parte sobre o fato?	95,4%	4,6%	42%	58%
2. O procedimento/processo foi explicado para você?	96%	4,0%	64,4%	35,6%
3. Você foi capaz de expressar suas opiniões e seus sentimentos durante o procedimento/processo?	82,7%	17,3%	47,7%	52,3%
4. Suas opiniões foram consideradas durante o procedimento/processo?	84,6%	15,4%	59,2%	40,8%
5. Você foi tratado(a) com respeito durante a(s) audiência(s)?	96,6%	3,4%	86,2%	13,8%
6. Você achou o procedimento/processo confiável?	88,2%	11,8%	67,6%	32,4%
7. Você ficou satisfeito(a) com o resultado?	68,9%	31,1%	63,4%	36,6%
8. Para você, o problema foi resolvido?	70,6%	29,4%	68,9%	31,1%
9. O resultado melhorou o seu relacionamento com a outra parte?	52,5%	47,5%	47,3%	52,7%
10. Os seus prejuízos emocionais foram reparados com o resultado?	39,5%	60,3%	33,9%	66,1%
11. Os seus prejuízos monetários foram reparados com o resultado?	23,8%	76,2%	30,8%	69,2%
12. Depois de sua experiência, você acha que houve justiça no seu caso?	67,7%	32,3%	53,7%	46,3%

Fonte: Elaborado a partir do trabalho de Tiveron (2014).

Os dados colhidos de Tiveron (2014) junto aos centros de justiça restaurativa do TJDFT demonstram que, de modo geral, a satisfação em relação ao procedimento (qualidade do tratamento, confiabilidade do procedimento, informação/explicação

sobre o procedimento e possibilidade de expressar suas opiniões e sentimentos)²¹⁶ é maior que a satisfação em relação ao resultado (reparação de direitos e sentimentos).

Embora a maioria tenha afirmado que o problema foi resolvido (68,9% e 70,6%), um número menor de pessoas afirmou que houve melhora no relacionamento (47,3% e 52,5%), que seus prejuízos emocionais (33,9% e 39,5%) ou financeiros (30,8% e 23,8%) foram reparados.

Esses dados sinalizam a possibilidade de que, mesmo no caso em que foram firmados acordos que “resolveram” o problema, referidos compromissos não foram equânimes. Mais que acordos equânimes, referidos desfechos sugerem a produção de compromissos barganhados que apenas parcialmente reparam o conflito (CARDOSO DE OLIVEIRA, 1989; 1995), consoante veremos no trabalho.

As condições de justiça e equidade que o procedimento deve proporcionar são, em alguma medida, padrões de avaliação do comportamento profissional (no caso, do facilitador/mediador). Além de um tratamento polido, de um acolhimento respeitoso e imparcial e de uma disposição à escuta, o mediador precisa acionar corretamente os conteúdos morais que pretende trabalhar durante a sessão, por meio de fórmulas discursivas, como forma de buscar a restauração e não apenas o acordo.

Ser polido é mais que pedir desculpas e ouvir alguém contar sua história de vitimização é mais fácil quando você não é o ofensor (DALY, 2006). Por isso, os facilitadores não podem se contentar simplesmente com um tratamento imparcial e cordial. O diálogo entre as partes precisa ter conteúdo e não ser uma simples oportunidade de desabafo, ainda que isso possa ter um significado relevante para as partes do ponto de vista da expressão de sentimentos que elucidem suas pretensões (CARDOSO DE OLIVEIRA, 2008).

Alguns projetos de justiça restaurativa estabelecem medidas ou indicadores restaurativos, a maioria de caráter subjetivo, como forma de aferir o grau de satisfação das partes com o acordo. Entre os parâmetros utilizados, estão:

- a) o grau em que o ofensor demonstrou remorso;
- b) se ofensor espontaneamente pediu desculpas à vítima;
- c) se o ofensor compreendeu o impacto do crime sobre a vítima;
- d) o grau em que a vítima compreendeu a situação ou condição do ofensor;

²¹⁶ Há uma diferença significativa no grau de satisfação dos participantes ouvidos em Planaltina em relação ao Núcleo Bandeirante. Essa diferença, todavia, não foi devidamente problematizada na pesquisa de Tiveron (2014).

e) a extensão ou quantidade de atitudes positivas entre o ofensor, vítima e eventuais acompanhantes (DALY, 2006, p.143)²¹⁷.

No Brasil, particularmente no âmbito da mediação institucional instituída pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, há pesquisas de satisfação do usuário com o atendimento. Em que pesem os formulários fiquem à disposição dos participantes, tanto sobre a mesa principal de mediação como na antessala de espera, em poucas ocasiões vi alguma das partes preencher o referido formulário. Não presenciei também qualquer orientação dos mediadores no sentido de que as partes preenchessem os formulários, tanto em situações em que houve acordo como em ocasiões em que não houve consenso.

Formulários como esse pretendem aferir/avaliar muito mais o trabalho do mediador que propriamente a satisfação das partes com o procedimento.

A partir dos indicadores apresentados, a observação permitiu perceber que o procedimento da mediação em poucas situações foi capaz de suscitar adequadamente no agressor o sentimento de arrependimento e remorso e provocar nele a compreensão sobre o impacto de suas atitudes sobre a vítima.

Outro limite apontado em relação à justiça restaurativa diz respeito à subordinação da capacidade do procedimento de recuperar a vítima do crime ao grau de angústia ou ressentimento pelo experimentado (DALY, 2006, p. 140-141). As vítimas experimentam o crime de forma diferente. Enquanto alguns vivenciam a ofensa como um mero dissabor, outros adoecem, têm problemas de insônia e perda da autoconfiança, entre outros efeitos.

O grau de ressentimento tem um impacto direto na formulação dos interesses/necessidades dos participantes. Pessoas com alto grau de ressentimento ou angústia podem dar maior valor a serem tratadas com respeito e consideração no procedimento que propriamente terem de encontrar uma solução comum com o ofensor, enquanto que vítimas com menor grau de ressentimento podem dar maior relevância à construção de uma solução dialogada que ponha fim à disputa (DALY, 2006).

Ocorre que, quando o mediador pergunta às partes quais são suas

²¹⁷ Zehr (2008) também apresenta alguns indicadores restaurativos: a) O programa ou seus resultados buscam corrigir o mal feito à vítima? Tratam das necessidades do ofensor? Levam em contas as necessidades e responsabilidades da comunidade? Cuida do relacionamento vítima-ofensor? Fomenta a responsabilidade do ofensor? Vítima e ofensor são incentivados a participar do processo e decisão?

necessidades, ou seja, o que o outro deveria fazer para que ela se sentisse reparada, muitas não sabem o que dizer. Prejuízos financeiros e danos emocionais nem sempre ganham sentido de forma adequada durante a mediação. Por isso, a importância de haver por parte do mediador um esforço elucidativo em torno do conflito do ponto de vista terapêutico ou reparador (o que o conflito representou e o que de fato repara) (CARDOSO DE OLIVEIRA, 2008).

Os procedimentos restaurativos devem, em face de suas limitações, almejar resultados mais modestos e não verdadeiras transformações de vidas. Apesar das virtudes e das potencialidades do procedimento restaurativo, muito do sucesso da justiça restaurativa depende da capacidade e orientação dos participantes de agir empaticamente e buscarem compreender o ponto de vista do outro, além da confiança em torno do arrependimento sincero em relação à ofensa e a consequente busca por reparação. Além do mais, o sucesso do procedimento depende do tipo de vitimização sofrida e da profundidade do ressentimento gerado (DALY, 2006).

Os facilitadores precisam ter em conta que esses elementos estão fora de seu controle e que o seu papel é de apenas coordenar, orientar e encorajar os processos de conciliação.

2.1.5 Do reduzir a termo: os acordos de bem viver na mediação penal

Ainda no século XIX, os processos por *termo de bem viver* surgiram como um importante instrumento de controle social que ilustra bem o esforço das elites locais em estatizar os conflitos cotidianos e regular as formas de vida por meio da imposição de regras que incorporam as virtudes e objetivos de uma sociedade pós-colonial. O termo de bem viver era um instrumento de controle e punição do indivíduo de vida desqualificada (pobre, vadio). Por meio desses processos, os juizes de paz²¹⁸ pretendiam exercer o controle não sobre atos passados praticados pelas pessoas, ou seja, sobre se o que fizeram os indivíduos está em conformidade ou não com a lei,

²¹⁸ A independência do juiz de paz o tornou um signo do liberalismo e da democracia, já que se substituiu a figura do magistrado como substituto do Imperador por um juiz com autoridade decorrente da soberania popular, com todos os temperamentos em torno daqueles que podiam ser eleitos e eleger (FLORY, 1986; MARIA VIEIRA, 2002). Além das funções policiais e judiciárias, o juiz de paz também exercia um papel de interlocutor político local na mediação de interesses dos distritos, na resolução de questões de abastecimento e mesmo em questões de filantropia (MAGALHÃES, 2011).

mas sobre aquilo que pudessem vir a fazer. A ideia era instituir um sistema de vigilância que prevenisse o mal ou reprimisse logo no início (FLORY, 1986).

A suspeita também tem uma outra função, que é a de proteger o próprio suspeito. Ou seja, se suspeita não apenas para proteger a coletividade, mas também para o bem do suspeito que tem seus rumos vigiados e corrigidos. Por isso, não há que se falar em direitos do suspeito, uma vez que a suspeita é formulada em seu próprio interesse ou no interesse do público (MARTINS, 2003).

Em sua pesquisa sobre os termos de bem viver, Martins (2003) cita um exemplo interessante de processo instaurado na cidade de São Paulo no século XIX. O processo refere-se à suspeita de embriaguez²¹⁹ e à perturbação de sossego causada por Oliveira do Nascimento Machado e Antônio Gomes Santiago, processados na Subdelegacia de Polícia da Freguesia do Braz, em 4 de julho de 1879. Indagados pelo juiz no processo, responderam:

[...] Chamar-se Oliveira do Nascimento Machado, filho de José Gabriel Machado, idade dezoito anos, solteiro, oficial de ferreiro, Brasileiro nascido nesta Freguesia do Braz, não sabe ler nem escrever [...] Chamar-se Antonio Gomes Santiago, filho de João Gomes Santiago, idade vinte e um anos, solteiro, pedreiro, português nascido em Coimbra, não sabe ler nem escrever. Em seguida, o juiz deu a palavra ao acusado Santiago e ao acusado Oliveira [...] pelo primeiro foi dito que não lembra de coisa alguma por que estava muito embriagado, assim como o segundo disse que também esteve muito embriagado e que nada se lembra. Test. 1ª José Joaquim Ferreira, natural de Portugal, idade trinta anos, solteiro, negociante [...] disse que [...] conhece os acusados sabendo que Antonio é trabalhador e há dias bebeu e fez distúrbio porem nunca o viu bêbado [ilegível] quanto a Oliveira sabe que é turbulento por hábito e ainda no dia do barulho sendo convidado por Santiago para ir à casa de seu pai José Gabriel que não tardaria [ilegível] dizendo que o acusado Oliveira o queria matar, não sabe se ele é embriagado por hábito, disse mais que os vizinhos dele testemunha dizem que Santiago há um ano mais ou menos bebia bastante, porém que atualmente não bebe. Test. 2ª Luiz Pereira Gonçalves, natural de Portugal, idade cinquenta anos, casado, lavrador [...] disse que conhece os acusados e sabe que eles são embriagados por hábito e turbulentos, sendo que Oliveira sem ordem de autoridade alguma prendeu a ele testemunha, revoltou-se e [ilegível] do bolso [ilegível] mil reis. Pelo acusado Santiago foi dito que turbulento só é quando bebe. Pelo acusado Oliveira foi dito que é verdadeiro o depoimento da testemunha, menos na parte que diz que ele acusado revoltou-se e tirou lhe dinheiro. Pela testemunha foi dito que sustenta o seu depoimento Test. 3ª Domingos José Moreira, natural de Portugal, idade trinta e cinco anos, casado, vive do seu botequim [...] disse que apenas sabe que o pai do acusado Oliveira pediu socorro dizendo que o filho o queria matar, ignora se ele é bêbado por hábito. Test. 4ª Luiz Ferreira de Abreu, natural desta Freguesia, idade, quarenta e cinco anos, casado, negociante [...] disse que conhece os acusados e sabe que Santiago é trabalhador, bebe às vezes mas não é embriagado nem é turbulento, outro tanto não acontecendo com Oliveira que é turbulento e embriagado. Pelos acusados não foi contestada a testemunha. Test. 5ª José Manoel da Horta, natural de Portugal, idade

²¹⁹ O caso relatado é de 1879 e é catalogado como termo de bem viver por embriaguez.

quarenta e oito anos, casado, negociante [...] disse que sabe que Santiago é trabalhador e lá uma vez ou outra bebe sua pinga, quanto a Oliveira sabe que é turbulento por hábito e bebe bastante, nada sabendo sobre o ferimento. Vistos estes autos [ilegível] condeno a Oliveira do Nascimento Machado, e Antonio Gomes Santiago, a assinarem termo de bem viver, a fim de coibirem-se do vício da embriaguez, e de perturbarem o sossego público [...].

No caso, comerciantes e proprietários de um botequim são chamados a testemunhar sobre o comportamento dos processados, acusados de embriaguez e perturbação de sossego. A despeito de depoimentos favoráveis em relação, principalmente, à pessoa de Santiago, ambos os processados são incriminados pelo mau comportamento e obrigados a assinarem o termo de bem viver, comprometendo-se a não se embriagarem e perturbarem o sossego.

No exemplo acima, a embriaguez e a perturbação do sossego não se dirigem a uma vítima em particular, por exemplo o dono do estabelecimento comercial.

Por esse processo, nota-se que o juiz de paz que preside o feito não tentou compor o conflito e apaziguar as partes envolvidas. Ele simplesmente incriminou os processados em nome da paz e o sossego das famílias. A perturbação do sossego relacionada à embriaguez era genérica e o compromisso de viver bem em comunidade também. O conflito entre particulares ficou em segundo plano. O que sobressai é o conflito com a lei ou com a ordem local, ameaçada por um tipo de hábito de vida (embriaguez) que potencialmente pode causar problemas e a arbitrariedade do juiz de paz ao se distanciar da finalidade de administrar o conflito ou produzir um desfecho satisfatório para as partes (MARTINS, 2003).

A penalidade não reflete uma resposta à infração ou mesmo representa a ideia de reparação por uma injúria ou prejuízo, mas se dirige a corrigir o comportamento, as atitudes e as disposições em razão do perigo atinente ao modo de vida. A função do termo de bem viver, nesse caso, era tão somente moldar as condutas dos denunciados e obrigá-los a se comprometerem a mudar a de vida, assumirem uma ocupação honesta e ainda não mais perturbarem a paz e o sossego público, segundo o documento policial.

A ênfase não está na relação social. Por isso, não há propriamente um debate, que pressupõe, no mínimo, dois sujeitos que precisam dialogar para resolver uma controvérsia ou problema (AGUILÓ-REGLA, 2013; 2015). O foco é sobre a conformidade ou não do comportamento com as expectativas sociais de ordem e obediência. Na presença da autoridade pública, em suas falas, às vezes respaldadas

por testemunhas, os processados diziam que não se sentiam na obrigação de assinar o documento (termo), pois argumentavam que não cometeram infração nenhuma. Contudo, mesmo não reconhecendo a condição que lhes impunha o compromisso de bem viver, as partes eram obrigadas a assiná-lo (MARTINS, 2003).

Essa prática revela que os termos de viver funcionavam como um instrumento de harmonização coercitiva e de imposição de hábitos e modos de vida.

Uma das questões que me suscitou curiosidade foi como eram redigidos os termos de acordo reduzidos a termo no CEJURES. Durante a audiência, diferentes dimensões relacionadas ao conflito são abordadas para além do que consta dos autos e da classificação do evento como crime. Como já mencionado, o modelo das audiências de mediação relacionadas a assuntos penais, atualmente, leva em conta as seguintes categorias discursivas: consequências, necessidades, responsabilização, reparação e compromissos futuros. Essas categorias são trabalhadas no processo de mediação/negociação com e entre as partes durante as sessões individuais e conjuntas e, ao final, precisam ser resumidas e gerar um acordo que atenda a ambas as partes.

Durante o tempo destinado às sessões, o mediador e as partes tentam construir os termos de um acordo que represente o negociado pelas partes e que ponha fim ao conflito. Um acordo que estabeleça tanto as condições de reparação como os compromissos de não reproduzir condutas que prejudiquem o outro ou mesmo de praticar novas.

Diferentemente dos termos de bem viver firmados pelo juiz de paz, o mediador não pode obrigar as partes a assinar um termo de acordo que represente um compromisso de bem viver (respeitar o outro, não cometer novas ofensas, viver bem em comunidade), na medida em que é condição fundamental para que ocorra a prática restaurativa, o prévio consentimento, livre e espontâneo, de todos os participantes. Ressalta-se, aliás, que referidos termos de acordo firmados na mediação restaurativa podem ser objeto de retratação, a qualquer tempo, até a homologação do procedimento restaurativo²²⁰.

²²⁰ Os processos de conciliação submetidos ao juiz de paz durante o séc. XIX eram marcados para imposição ou coerção. Não havia espontaneidade ou voluntariedade na assinatura do compromisso. O juiz de paz impunha os compromissos às partes como uma sanção pelo comportamento transgressor termos de bem viver foi inicialmente conferida aos Juízes Paz. Referidos magistrados leigos tinham uma função tanto policial como conciliadora (MARTINS, 2003). Conforme o § 2º do art. 12 do Código Criminal de 1830, cabia a ele: “obrigar a assinar termo de bem viver aos vadios,

Acontece que, assim como um juiz de paz do século XIX, o mediador tem o papel de tentar reconciliar as partes²²¹ e, por meio da conciliação, corrigir as irregularidades de conduta²²². Porém, referida composição deve ser capaz de satisfazer às demandas de reconhecimento, algo que a antiga conciliação realizada perante o juiz de paz não permitia.

De outra sorte, observei durante o campo de pesquisa que os acordos restaurativos elaborados no CEJURES não contêm um resumo do conflito ou referência à classificação penal do fato. Com isso, há propriamente fundamentação ou justificação. O caminho discursivo utilizado para trazer o problema ao debate, por meio da elaboração simbólica de categorias nativas, como consequências, necessidades e responsabilização, aparece apenas indiretamente nos acordos, refletidos nos compromissos assumidos.

Não que não haja preocupações de equidade na concepção e estruturação do acordo, consistente na demonstração de consideração, reconhecimento e busca de satisfação (CARDOSO DE OLIVEIRA, 1989; 1995). Contudo, a não explicitação das dimensões debatidas no termo pode significar que o compromisso tem pouca utilidade e, com isso, suscitar algum tipo de insatisfação no plano do reconhecimento.

Essa forma minimalista de elaborar os acordos está diretamente relacionada à tentativa de substituir a dimensão punitiva por uma dimensão conciliadora e reparadora. Mas, também, tem relação com a desnecessidade de formação jurídica do mediador e pela ausência de necessidade de valorar provas e justificar a preferência por um ponto de vista. Os acordos são basicamente um contrato de intenções ou compromissos de viver bem em comunidade.

mendigos, bêbados por hábito, prostitutas, que perturbam o sossego público, aos turbulentos, que por palavras, ou ações ofendem os bons costumes, a tranqüilidade pública, e a paz das famílias”.

²²¹ O art. 5º da Lei de 15 de outubro de 1827 fixava a competência dos juizes de paz nos seguintes termos: §1º Conciliar as partes, que pretendem demandar, por todos os meios pacíficos, que estiverem ao seu alcance [...]. §2º Julgar pequenas demandas, cujo valor não exceda a 16\$000 réis [...]. §3º Fazer separar os ajuntamentos, em que há manifesto perigo de desordem; ou fazer vigiá-los a fim de que neles as mantenha a ordem [...]. §4º Fazer por em custódia o bêbado, durante a bebedeira [...]. §5º Evitar as rixas, procurando conciliar as partes; fazer que não haja vadios, nem mendigos, obrigando-os a viver de honesto trabalho, e corrigir os bêbados por vício, turbulentos, e meretrizes escandalosas, que perturbem o sossego público, obrigando-os a assinar termo de bem viver [...].

²²² Era frequentes os processos de termos de bem viver no século XIX por irregularidade de conduta, como por exemplo, ficar embriagado e proferir injúrias (MARTINS, 2003). Não muito diferente daquela época as condutas de perturbação de sossego, ofensas, ameaças e agressões físicas são as principais incidências criminais que consomem a força de trabalho das polícias e, por conseguinte, dos JECRIMs (BARBOSA, 2014).

Assim, ainda que a revisão das cláusulas desse acordo seja feita pelo juiz, falta ao ato decisório elementos formais de justificação que expliquem as razões da decisão. A carência de justificação, contudo, dificulta verificação ou teste de coerência e consistência da decisão coletiva, sua capacidade de governar atos futuros para além da relação conflituosa discutida, bem como a universalização da solução, no sentido de que ela seria aceitável, se universalizada (MAcCORMICK, 2008).

Uma das mediadoras informou que há modelos de acordos relacionados às principais situações (ameaça, perturbação de sossego, lesão corporal, injúria etc.). As responsabilidades e compromissos, muitas vezes, são comuns. Assim, além das obrigações específicas relacionadas ao conflito em particular (pagamento de uma quantia X em dinheiro; restituição de um carro; compromisso de não buzinar etc.), constam dos termos obrigações genéricas de não perturbar, não incomodar, manter uma boa convivência ou manter a paz social²²³. Algumas vezes, apenas os compromissos genéricos são suficientes para as partes, como no caso do conflito entre vizinhas por causa do problema da buzina (perturbação de sossego). No acordo firmado, as partes apenas concordaram em não incomodar uma a outra e a serem boas vizinhas.

A ideia é que as partes possam, com a ajuda de um terceiro, firmarem compromissos de reparação e de não agressão. Trata-se de um compromisso de correção de rumos e atitudes. Nesse sentido, assim como processos de termos de bem viver firmados perante os juízes de paz, as audiências de mediação também assumem um caráter preventivo e de controle social, no sentido de buscar evitar o agravamento do conflito e a reincidência.

A diferença, porém, é que o grau de coercibilidade entre os acordos de bem viver firmados no século XIX perante o juiz de paz e os acordos de mediação na justiça restaurativa. Os acordos fixados nas audiências de mediação, sobretudo em situações em que não há a fixação de um valor monetário, ou seja, que apenas fixam uma obrigação moral, não gozam de coercibilidade. Mesmo que homologados pelo juiz, não há como o magistrado impor à parte inadimplente uma sanção pelo

²²³ A justiça restaurativa se preocupa não apenas com âmbito particular ou específico do conflito, mas também com a repercussão do fato junto à comunidade próxima (parentes, amigos e vizinhos) e à sociedade. Que tipo de resposta ou satisfação será dado à sociedade em relação ao fato? Essa questão surgiu diversas vezes durante minhas conversas com os mediadores, na medida em que as soluções relacionadas aos conflitos se referem, no mais das vezes, a questões entre particulares e nos poucos casos graves que são encaminhados à mediação a participação comunitária é insignificante. Voltarei a esse ponto.

descumprimento da obrigação moral. O cumprimento do acordo, nesse caso, depende da boa-fé dos envolvidos.

Já nos acordos ou processos de bem viver firmados perante o juiz de paz, em caso de rescisão do termo, os infratores não corrigidos poderiam ser presos e encaminhados para as Casas de Correição (MARTINS, 2003). Nesse caso, pode-se admitir que esses acordos de bem viver se assemelham mais à transação penal prevista na Lei nº 9.099/95 que propriamente aos compromissos firmados na mediação. É que, uma vez descumprida a transação oriunda de infração penal de menor potencial ofensivo apenada com multa ou restrição de direitos, têm-se duas possíveis consequências: a) execução na forma da Lei de Execuções Fiscais, aplicando-se por analogia o disposto no art. 51 do Código Penal brasileiro; ou b) oferecimento de denúncia, caso se trate de ação penal pública.

2.1.6 Caso batizado

Caso batizado é uma categoria empregada no CEJURES para se referir aos casos complexos e de difícil solução. Geralmente, as partes sequer querem sentar juntas. Algumas vezes, começam a discutir na antessala de espera da reunião de mediação. Não raro, funcionários e estagiários precisam intervir para não acontecer uma agressão nos corredores do fórum. Nessas situações, eles alocam as partes em ambientes distintos, de modo que elas não tenham qualquer contato antes de iniciar a sessão ou mesmo durante a sessão.

Nesse caso, a preparação da mediação precisa começar bem antes para prevenir que se forme um campo de batalha dentro das dependências do fórum. De outra sorte, algumas das pessoas que se apresentam como vítimas de agressão têm medo de uma ou mais das partes agressoras envolvidas e solicitam apenas a realização de sessões individuais, pois ficariam em pânico caso tivessem de encontrar novamente a parte ofensora. Outras solicitam sessões individuais simplesmente porque cansaram de tentar uma conciliação, sobretudo quando já participaram de outras mediações com a mesma parte, ou porque têm receio de que a outra se descontrole durante a sessão. Esses casos demandam maior cuidado e habilidade por parte dos mediadores.

2.2 A OBSERVAÇÃO DAS AUDIÊNCIAS

Eu não conhecia previamente os casos. A maioria das informações colhidas é fruto das observações e anotações feitas durante as sessões de mediação e das indagações que eu buscava fazer nos intervalos ou ao final de cada sessão.

Meu contato direto com as partes era difícil e, por vezes, confuso. Como eu era frequentemente apresentado como um mediador em treinamento ou um observador, muitas vezes de forma bem sucinta logo na abertura da sessão, em algumas situações uma das partes buscava me introduzir na conversa, questionando minha opinião ou mesmo procurando adesão para seus argumentos, com indagações do tipo: “Você não acha que eu tenho razão?”; “Quer ver as provas que tenho?”.

Eu procurava não intervir durante a mediação. Aliás, eu buscava chamar a menor atenção possível. Eu também não costumava falar durante as sessões. Primeiro, porque eu não fazia propriamente parte do processo e, por isso, não tinha a prerrogativa de falar. Segundo, porque um observador parcial pode comprometer todo trabalho do mediador.

Porém, mesmo tentando ficar *invisível* durante as sessões, minha presença, às vezes, era percebida pelas partes. Algumas delas desviavam o olhar do mediador e se concentravam em mim, como se estivessem curiosas para saber o que eu anotava em meu caderno ou para ver se concordava com seu ponto de vista.

Em sessões mais tranquilas, ao final da mediação, eu tentava conversar com as partes ou seus advogados sobre a mediação, de forma discreta para saber o porquê não se chegou a um acordo, se a mediação não era mais vantajosa, o porquê a parte preferia que um juiz decidisse o caso, os benefícios da mediação e/ou a satisfação de ter resolvido um problema, mesmo que de forma parcial²²⁴.

A seguir, irei apresentar alguns dos casos que acompanhei durante a pesquisa de campo e que servirão para analisar as chaves de leitura da justiça restaurativa que propus aqui.

²²⁴ Havia situações em que a solução do caso era apenas parcial. Há casos em que a parte perdoa o prejuízo e atitude agressiva, mas permanece com medo. A mediação tem limites. Um deles é o tempo e a disposição das pessoas ao tratamento de questões vinculadas a sentimentos. Nem sempre a questão dos sentimentos é suficientemente trabalhada. Diferentes níveis de satisfação a ser alcançado, conforme as interesses e sentimento são articulados e devidamente enfrentados. Quanto maior é essa articulação, maior é potencial da mediação em proporcionar mais satisfação aos usuários.

2.2.1 Quando o mais é menos: uma palavra mal colocada põe tudo a perder

Caso 1 – O lixo

Marcos e Pedro são pai e filho, respectivamente. Ambos são vizinhos de João.

O caso em tela envolve os três e foi registrado na delegacia de polícia como injúria e ameaça. Ressalto que, nesse caso, tanto Marcos e Pedro como João foram à delegacia e registraram ocorrências policiais imputando a autoria dos delitos uns contra os outros. Ou seja, cada um contou a sua versão na delegacia e se atribuiu a condição de vítima/ofendido.

O problema começou quando João chamou a fiscalização da AGEFIS para notificar que haviam jogado lixo na porta de seu prédio. Após a comunicação do fato, o fiscal da AGEFIS foi ao local e, além de constatar a veracidade da informação de João, passou a percorrer a rua e multar todos que mantinham lixo acondicionado de forma irregular. Entre os vizinhos multados estava Marcos. O próprio João, que acionou a fiscalização, acabou sendo multado.

Ocorre que, após ser multado, Marcos foi tirar satisfação com João e passou a ofendê-lo verbalmente. Marcos pensou que João o havia denunciado para a fiscalização e ambos começaram a discutir. Pedro, filho de Marcos, também entrou na discussão e começou a ameaçar e ofender João. A Polícia Militar foi acionada a intervir e interromper a discussão.

Começa a sessão. O mediador opta por realizar sessões privadas após a reunião de abertura. Durante as sessões privadas, as partes estavam calmas. Ambas disseram que queriam um acordo, que se retratariam das ofensas e pediriam desculpas. Eles eram vizinhos há muito tempo e poderiam resolver aquilo. As partes haviam percebido que tudo não havia passado de um mal-entendido e que o processo não fazia sentido.

O mediador havia acionado fórmulas como o “bom vizinho”, “conviver em harmonia” e as partes aparentavam haver entendido que o melhor era deixar aquilo de lado.

Todavia, ao retornarem para a sessão conjunta, momento em que seria reduzido a termo o acordo, Osório, o advogado de João, fez um comentário que reacendeu o conflito e colocou tudo a perder. Ele sugeriu que Pedro poderia ter prejuízo se não resolvesse a questão naquele momento.

Pedro era um advogado recém-aprovado no exame da Ordem dos Advogados Brasil – OAB, e a fala de Osório foi no sentido de que aquele poderia se prejudicar se não aceitasse o acordo, uma vez que ficaria com a “ficha suja” e não poderia participar de concursos públicos. Diante da fala do advogado de João, Pedro se exalta e questiona se ele o estava ameaçando: “Isso é uma ameaça, doutor? Não estou entendendo o que o senhor quer dizer. Eu não tenho medo de me queimar. Pode ficar tranquilo!”.

Nesse momento, João se retrai e não aceita mais o acordo diante do que depois me confidenciou se tratar de uma postura arrogante de Pedro:

Eu não aceitei o acordo porque significaria uma vitória para Marcos e Pedro. Eles saíam do fórum dizendo que eu abaixei a cabeça e tive que pedir desculpas. Não vou aceitar isso. Eu tenho testemunhas que podem confirmar que não ofendi ninguém. Os policiais que atenderam a ocorrência disseram que falariam a meu favor.

Era visível que Marcos, um senhor que aparentava já ter uma idade avançada, queria um acordo. Ele havia percebido seu equívoco ao acusar João de ter chamado o fiscal para multá-lo. Contudo, o embate entre Pedro e Osório durante a sessão inviabilizou a construção de uma solução negociada.

Os mediadores preferiram encerrar a sessão para interromper a discussão.

Perguntei a João se, mesmo diante da postura de Pedro, não era melhor realizar um acordo. João disse que não. Osório, seu advogado, ainda tentou ponderar com ele, dizendo que não valia a pena prosseguir, que tudo se resolveria em uma cesta básica, mas João se apegou à sua posição.

Interessante como uma frase mal colocada pode colocar tudo a perder e reacender o conflito. Uma intervenção aparentemente despretensiosa possibilitou que a espiral ascendente do conflito se formasse novamente e toda a mágoa e ressentimento voltam à tona. Isso porque a frase soou para uma das partes como um insulto.

Os próprios mediadores se surpreenderam com o desfecho do caso. A situação, que era aparentemente calma e amistosa, subitamente saiu do controle. Os facilitadores resolveram, então, encerrar a sessão.

Questionei à mediadora que estava na sessão o que de fato aconteceu. Ela respondeu que:

Eu me surpreendi com a discussão. Estava tudo calmo, as partes já haviam concordado em resolver a questão. Eu já estava me encaminhando para redigir os termos do acordo. De repente, uma frase mal interpretada colocou tudo a perder e as partes voltaram a suas posições. Não teve mais jeito. O acordo foi por água abaixo com isso (Mediadora).

Caso 2 – Ex-marido e ex-mulher

Uma palavra mal colocada muda tudo!

Jeferson registrou uma ocorrência na Polícia Civil de maus-tratos²²⁵. Na Polícia, o noticiante relatou que sua ex-mulher (Cíntia) maltratava seus filhos, que gritava com eles e não lhes dava carinho. Cíntia tinha a guarda dos filhos e as crianças viviam com ela. Jeferson ficava com guarda dos filhos durante um final de semana a cada 15 dias.

A sessão seguia bem. Cíntia se comprometeu a tratar bem os filhos. Afirmou que iria lhes dar mais atenção e carinho. Jeferson, por sua vez, reconheceu que a ex-mulher havia mudado após o registro da ocorrência, que havia melhorado e estava mais carinhosa com os filhos.

Categorias discursivas como “bom pai” e “boa mãe” pareciam suficientes para motivar as partes a se entenderem. Tudo caminhava para a celebração do acordo, até que Cíntia pediu que Jeferson participasse mais da educação dos filhos, que ele só acompanhava a distância, pois só os encontrava a cada 15 dias. Nesse instante, Jeferson se transforma. Visivelmente nervoso, ele diz que trabalha muito, que não tem tempo e que faz o possível. Uma discussão entre as partes se inicia e precisa ser contida pela mediadora.

Na visão dos mediadores, as partes haviam sinalizado que pretendiam superar todo o ressentimento relacionado que permeia a relação e cuidarem juntos do bem-estar dos filhos. Uma reaproximação ocorreu durante a primeira parte da sessão. Contudo, um comentário feito por Cíntia com tom de cobrança relacionada a pouca participação de Jeferson na educação dos filhos o indignou.

A audiência foi encerrada sem conciliação.

A própria mediadora ficou surpresa com o fato de a sessão ter saído do controle. Em um momento, as partes estavam dialogando de forma amistosa. A

²²⁵ Art. 136 - Expor a perigo a vida ou a saúde de pessoa sob sua autoridade, guarda ou vigilância, para fim de educação, ensino, tratamento ou custódia, quer privando-a de alimentação ou cuidados indispensáveis, quer sujeitando-a a trabalho excessivo ou inadequado, quer abusando de meios de correção ou disciplina: Pena - detenção, de dois meses a um ano, ou multa.

questão central era o cuidado com os filhos, e eles conseguiram identificar um interesse comum que os unia, que era justamente fornecer às crianças um ambiente amoroso e de paz:

Eu tomei um susto. Já estava tudo resolvido. Era uma sessão tranquila. Estava claro que eles só queriam o melhor para os filhos e que ambos haviam cedido em suas posições. Contudo, Jeferson não aceitou ser cobrado por Cíntia. Uma frase mal colocada mudou tudo. Eu tive que encerrar a sessão (mediadora).

Cíntia tocou em um ponto fraco de Jeferson, que é o tempo que ele dedica aos filhos. Isso visivelmente o incomodou. De um lado, ela entende que Jeferson dedica pouco tempo às crianças. De outro, ele não aceita ser cobrado pela ex-mulher. Há diferentes questões entre eles que precisam ser resolvidas, mas que não foi possível serem trabalhadas durante a sessão.

Uma frase mal colocada fez o conflito se reacender. Em situações como essa, o diálogo construtivo dá lugar à desqualificação do outro. Por isso, é difícil separar a pessoa do problema ou separar o objeto da discussão dos sujeitos da discussão. Para o casal, naquele momento, o problema era outro (AGUILÓ-REGLA, 2015).

A mediadora precisou encerrar a sessão antes que as partes começassem a se ofender (mais). Não havia mais espaço para diálogo:

Nem sempre é possível cortar a espiral do conflito e voltar ao problema. Quando ânimos estão muito exaltados, às vezes é melhor encerrar a sessão e tentar a conciliação em outra oportunidade.

2.2.2 Buzina tira juízo

Nesse caso, o conflito que irei narrar versa sobre uma briga entre vizinhas relacionada ao som de uma buzina. Elas moram de frente uma para outra.

O fato foi registrado na polícia como perturbação de sossego²²⁶, que é previsto na lei como uma contravenção penal²²⁷. Segue o caso:

Neuza, que tem um filho com necessidades especiais (autismo) e, por isso, tem muitas dificuldades para dormir, reclama que Isaura, sua vizinha, sai todos os dias

²²⁶ São frequentes nas audiências de mediação situações de perturbação de sossego. Porém, quem nunca se incomodou com os latidos do cão do vizinho, com o abuso de instrumentos sonoros (som alto) ou com a algazarra durante festas? A convivência em comunidade não é fácil. Por isso, perder o juízo com atitudes desrespeitosas no momento de descanso também não é uma tarefa difícil.

²²⁷ As contravenções penais estão previstas no Decreto-lei n. 3.688, de 3 de outubro de 1941.

para trabalhar por volta das 6h da manhã, e que, após deixar a garagem, toca a buzina, a fim de que a mãe dela feche o portão.

Meu marido já conversou com ela. Ela parou durante um tempo, mas depois retornou. Eu gravei um vídeo que mostra ela tocando a buzina logo cedo. Ela dizia que era para mãe fechar o portão, mas no vídeo dá para ver que a mãe dela está do lado de fora da casa, próxima ao portão. Eu estou fazendo tratamento psicológico, tomando remédio para os nervos. Eu estou muito ansiosa por causa disso. Eu acordo às 4h esperando a buzinação. Quero que ela pare com essa pirraça. Quero sossego e paz.

A ofendida ainda mencionou que sua vizinha jogou um ovo e tinta em seu portão e que o irmão de Isaura de uns tempos para cá passou a buzinar também.

Neuza compareceu à sessão acompanhada de seu filho. Ela informou que já procurou a Polícia e a Defensoria Pública para tentar resolver o problema. Ressaltou que já tiveram uma conversa na Defensoria Pública, mas que todos os apelos que fez foram em vão. Visivelmente cansada, apela à sensibilidade da vizinha, mesmo sem estarem frente a frente.

Sai Neuza e entra Isaura.

Isaura diz que sempre teve conflitos com Neuza, sem especificar que problemas são esses. Elas moram de frente uma para outra e, por isso, discussões são frequentes.

O mediador questiona especificamente o problema envolvendo a buzina do carro:

Tudo incomoda Neuza. Que qualquer motivo é motivo de confusão. Que se a bola de uma criança bate no portão de Neuza, ela sai como uma louca gritando e xingando. Que por isso evita sair de casa e vive de porta fechada. Eu não toco mais a buzina. Eu não sabia que não podia tocar a buzina. Neuza mandou o marido bêbado ir conversar comigo. Eu sou professora, eu sei como é lidar com crianças especiais. Não quero incomodar ninguém.

A mediadora percebe que há uma chance de realização de um acordo e pergunta se Isaura estaria disposta a firmar um compromisso de não mais buzinar. Ela sinaliza que sim e diz: “Não quero confusão com ninguém, só quero paz”.

A mediadora, então, pede que Isaura saia e chama novamente Neuza. A facilitadora não tentou logo uma sessão conjunta. Preferiu chamar novamente Neuza para uma sessão privada para ver se ela teria interesse em fazer um acordo.

Neuza volta, e a mediadora diz que Isaura mostrou interesse em realizar um acordo. Ele informa que Isaura estaria disposta a se comprometer a não mais tocar a buzina, de não mais incomodar.

Neuza diz que Isaura é uma pessoa boa e muda de assunto. A questão deixa de ser a buzina e passa a ser de uma carta que ela achou em seu portão. A carta, que parece ter sido escrito por uma criança, fala da suposta traição de seu marido. Neuza desconfia que a carta foi escrita pela filha de Isaura e diz que quer conversar com ela sobre a carta: “Quero mostrar a carta para ver se Isaura reconhece a letra e, caso se confirme que a letra é de sua filha, ela saiba o que a menina está fazendo”.

A mediadora, todavia, reluta tocar no assunto. Ela sugere que o foco seja a questão da buzina ou do sossego. Na percepção dela, o novo tema poderia atrapalhar o acordo.

Neuza também questiona se deveria mencionar a questão do ovo e tinta que teriam jogado em seu portão, que ela também acha que pode ter sido a filha de Isaura.

A facilitadora também diz que é melhor não, pois esse novo tema poderia gerar uma nova discussão. A mediadora então pergunta o que Neuza de fato quer, quais são suas necessidades e o que quer que Isaura se comprometa a fazer.

Neuza diz que não quer indenização: “Eu não quero indenização, dinheiro, eu quero é paz. Eu não tenho a intenção de prejudicar Isaura”.

Diante da insistência de Neuza em trazer à discussão outros temas relacionados à sua relação com Isaura, a mediadora preferiu não fazer uma sessão conjunta. Ela redigiu um acordo em que constou o compromisso específico de Isaura não tocar mais a buzina e os compromissos gerais que sempre constam no final dos acordos, como o compromisso de manter a paz social. Depois, as partes foram chamadas separadamente para assinarem o acordo.

Embora elas tenham compreendido que aquilo representava um entendimento oficial, documentado, de pôr fim à disputa, a assinatura em separado do termo de acordo impediu a dramatização do consenso pelas partes. Algo percebido como importante do ponto de vista da elucidação do conflito.

Logo após a sessão, questionei o porquê de não ter sido realizado uma sessão conjunta para confecção e assinatura do acordo. A mediadora disse que preferiu não fazer a sessão conjunta, após as sessões privadas, pois percebeu que Neuza poderia querer mencionar a questão da carta. O novo fato poderia levar Isaura a se exaltar e

atrapalhar o acordo, já que Neuza insinuava que a filha daquela seria a autora do documento.

De fato, na minha percepção, esse risco também existia. Não se pode descuidar que lidar com questões que envolvem emoções como a culpa tem custos. Um deles é que a então ofensora se sinta ofendida e reprova a atitude da vítima (VAN STOKKOM, 2002). Em que pese a relação entre as duas não ser boa em face da reiterada falta de respeito ao silêncio e das provocações recíprocas, o novo assunto que Neuza queria trazer à mesa poderia atrapalhar o acordo que, em tese, resolveria seu problema principal, que era a buzina. A buzina era de fato o que a incomoda mais, embora não fosse o único, como se viu. Foi por conta da buzina que Neuza procurou a Polícia e a Defensoria Pública. A buzinação matutina era sim o problema central entre ela e a vizinha.

O que se percebe, contudo, é que outras questões que incomodavam Neuza não puderam ser devidamente explicitadas e resolvidas na sessão. É de se compreender se um novo conflito surgir no futuro por conta da referida carta ou o do ovo e da tinta jogados em seu portão, já que aquilo incomodava Neuza. Ela queria de alguma forma que Isaura reconhecesse aquele problema, que seria um comportamento inapropriado de sua filha.

Como mãe, Neuza disse que queria ajudar a vizinha a perceber e corrigir a filha. Isso fica claro no momento em que ela reconhece que Isaura é uma pessoa boa, uma professora (que também lida com crianças especiais) e diz que não tem a intenção de prejudicá-la, mas alertá-la sobre o comportamento da filha.

Não posso dizer se a intenção de ajudar de Neuza era sincera ou se as duas novas questões eram uma oportunidade de confrontar Isaura. Um confronto, aliás, que, se bem conduzido, poderia prevenir novos conflitos, já que Isaura poderia admoestar sua filha e vigiá-la de forma mais próxima.

Suponho, porém, que, ao trazer aquele problema à tona, a questão relacionada à buzina, aparentemente resolvida, deixaria de ser o problema central e novas questões surgiriam. Neuza estava visivelmente abalada e ansiosa com aquilo tudo. Nem mesmo uma sessão conjunta para discussão dos termos do acordo foi tentada, uma vez que o frente a frente poderia colocar tudo a perder.

Elas não se olharam no olho, mas prometeram conviver harmoniosamente. Além disso, assumiram um compromisso oficial perante uma autoridade pública. Vamos ver se isso basta ao menos para que Neuza consiga dormir bem novamente.

É preciso entender os limites e os objetivos da mediação. Aqui entra em cena uma avaliação do potencial restaurativo do processo de mediação. Na escala de restauração das relações, que vai do máximo potencial restaurativo (consistente na renovação plena da relação e da restauração moral e de direitos) ao mínimo potencial restaurativo (consistente na resignação em relação ao resultado possível ou aceitável), resolver o problema da buzina superaria o mínimo necessário para considerar que o processo alcançou êxito.

A limitação narrativa resultou certamente em um resultado parcial. Contudo, perdão parcial ainda é perdão (GRISWOLD, 2007).

Na prática, nem sempre é viável ou recomendável tratar todas as questões de uma só vez. Isso pode parecer contraditório se levarmos em conta a ideia defendida no âmbito das práticas restaurativas de se ir a fundo e levantar todas as questões que envolvem a relação entre as partes. Basta lembrar a figura do iceberg. Mas, na realidade, menos, às vezes, é mais. Aposta-se na possibilidade de que, uma vez resolvido o problema principal, as outras questões possam ser superadas internamente. E, caso não sejam, poderão ser trabalhadas em outra oportunidade.

Contudo, quando as partes são cerceadas em suas narrativas, tanto do ponto de vista formal (restrições à maneira como podem contar suas histórias) ou como substancial (temas que podem ser levantados em audiência), essa prática gera um risco de que a parte cerceada não se sinta satisfeita (VAN STOKKOM, 2008; O'BARR; CONLEY, 1985; CARDOSO DE OLIVEIRA, 2004; 2008; 2010).

O que se questiona, porém, é se o conhecimento sobre as contingências (desejos, conflitos anteriores etc.) que permeiam a relação pode simplesmente ser colocado de lado ou ignorado como forma de se buscar o entendimento sobre o caso específico²²⁸? Em que pese ser possível produzir um acordo racional sobre o conflito a partir da negociação de alguns interesses, sem levar em conta as características particulares da relação não discutidas, acordos desse tipo tendem a ignorar questões subjacentes que compõem a história dos participantes e, por conseguinte, inviabilizar acordos mais abrangentes e profundos (equânimes).

²²⁸ A proposta de Rawls (1975; 2002) é a de excluir do âmbito de discussão sobre os princípios de justiça as condições naturais, de status ou posição social, históricas, desejos como forma de permitem a escolha razoável dos referidos princípios. Devem fazer parte da discussão apenas as leis naturais gerais e os fatos particulares implicados pelas próprias circunstância da justiça. Ou seja, somente a informação necessária que permita um tipo de acordo racional.

É preciso levar em conta que a reflexão e a discussão sobre nossas estruturas de necessidades (sentimentos, interesses) dependem do nosso nível de conhecimento e possibilidades, na medida em que: “[...] chegamos a um acordo sobre a interpretação de nossas necessidades diante da informação disponível no âmbito do factível e alcançável” (HABERMAS, 1973 apud ALEXY, 2013, p. 123).

2.2.3 Novela mexicana

Nazaré e Maria do Carmo se conhecem há cerca de 20 anos. A sessão por mim presenciada dizia respeito a uma agressão física (lesão corporal) e moral (injúria) sofrida por Nazaré e cometida por Maria do Carmo.

Resumo do caso: Maria do Carmo, acompanhada de seus filhos e mãe, teria agredido Nazaré na rua, após descobrir que Antônio Carlos mantinha um relacionamento afetivo com essa. Ressalta-se que Maria do Carmo julgava ainda manter um relacionamento afetivo com Antônio Carlos, seu ex-companheiro, e que por isso entendeu que o novo relacionamento dele representava uma traição.

Na versão de Nazaré, essa foi arrastada pelos cabelos pela rua, teve suas roupas rasgadas pela agressora e chegou a ficar com seio amostra. Toda a agressão teria sido filmada pelo circuito interno de TV de um estabelecimento comercial e o vídeo circulou pela internet. Muitas pessoas conhecidas viram o vídeo, o que a deixou muito constrangida.

É feita a sessão de abertura conjunta.

De um lado, Maria do Carmo, acompanhada de seu filho adolescente e de sua irmã, entra e se senta de frente para Nazaré e ao lado do mediador. Antes de qualquer coisa, Maria do Carmo, de forma exaltada, inicia a conversa dizendo: “Estou sem advogado, mas meus filhos são minhas testemunhas”.

O mediador não a refuta e segue o roteiro. Ele explica o funcionamento, as regras e os objetivos da mediação. As partes concordam em seguir com o procedimento. Após isso, ele pede que Maria do Carmo (agressora) saia.

O mediador, então, pede que Nazaré conte o que ocorreu. Logo no início da sessão individual, Nazaré diz de forma convicta que não quer nenhum tipo de acordo: “Não quero acordo! Quero prosseguir com o processo. O vídeo circulou e todos viram. Não sabia que o meu namorado era ou foi marido dela”.

Ela diz que tem um vídeo e pergunta se o mediador quer ver. O mediador diz que não é necessário e que gostaria que ela contasse com suas palavras o que havia acontecido. Nazaré insiste: “Eu tenho um vídeo que mostra que eu fui agredida, que sou a vítima”. O mediador começa a explicar que aquele não é o momento de produzir provas e logo é interrompido pela advogada de Nazaré, que diz: “Ele sabe, não é necessário mostrar: Está nos autos”.

Ressalta-se que a referência e demonstração das imagens não são admitidas sequer como uma referência discursiva para contextualizar a questão. Mostrar as imagens é entendido como o apelo a um tipo de prova técnica incabível no âmbito da mediação.

A não permissão de provar desaponta Nazaré. Ela tinha uma expectativa em relação ao procedimento que não foi concretizada: o de querer se mostrar e ser reconhecida como vítima.

O mediador insiste para que Nazaré conte o que ocorreu, mesmo diante de sua aparente falta de interesse em negociar um acordo. Nesse ponto, é interessante destacar que não é incomum que as partes, logo que chegam para audiência, estejam amarradas em suas posições e convicções. Por isso, é recomendável que o mediador tente vencer as barreiras ou resistências iniciais e busque *reposicionar*²²⁹ as partes envolvidas, a fim de possibilitar o diálogo e o entendimento.

A habilidade do mediador, nesse ponto, pode influenciar decisivamente um desfecho satisfatório do processo de mediação, no sentido de direcionar as partes a focarem sobre o problema a ser resolvido e não sobre quem tem razão. Contudo, as partes precisam, em alguma medida, estarem dispostas a dialogar, o que no início da sessão parecia algo difícil de acontecer.

Nazaré diz que foi agredida na rua por Maria do Carmo, acompanhada do filho e mãe dessa, e teria ficado muito machucada. Ela esclareceu que havia realizado recentemente uma cirurgia estética e que com as agressões precisou de um atendimento especializado de seu médico cirurgião plástico. Contou Nazaré que:

Eu fui agredida no meio da rua. Depois da agressão, não pude trabalhar por vários dias e precisei de cuidados especiais. Eu ainda estava me recuperando da minha cirurgia e meu médico me disse que eu poderia ter tido sequelas graves.

²²⁹ Essa técnica está na base do processo de negociação aplicada tanto em demandas cíveis como penais.

Embora o caso narrado diga respeito a uma agressão praticada por Maria do Carmo contra Nazaré, a relação conflituosa entre as partes não se resume ao evento específico contado acima. Durante a sessão, diferentes situações conflituosas vieram à tona e que explicam melhor como o conflito desembocou em uma agressão pública.

Maria do Carmo se envolveu com o marido de Nazaré há cerca de 15 anos. Na época, Nazaré bateu em Maria do Carmo e foi responsabilizada. Ela fez uma transação penal e foi obrigada a pagar (cestas básicas) por ter agredido Carmo. Nazaré diz que não ficou com Antônio Carlos por vingança, mas porque já o conhecia há aproximadamente 15 anos. E exhibe o vídeo da agressão novamente: “Olha aqui o que ela fez. Eu retirei a imagem da câmera do comércio em frente ao lugar que ela me bateu”.

O mediador diz novamente que não é necessário mostrar o vídeo e diz que ouvirá Maria do Carmo. Sai Nazaré e entra Maria do Carmo.

Maria do Carmo entra acompanhada da mãe, do filho e da irmã. O mediador pergunta o que aconteceu e a razão do problema entre ela e Nazaré. Carmo diz:

Essa mulher já perturba minha vida há vinte anos! Olha, essa mulher que está aí fora foi condenada a ficar a 500 metros de distância de mim em outro processo. Ela é perigosa. Ela tomou meu marido. Eu disse que ele poderia ficar com qualquer uma (mulher), menos ela (Nazaré).

O mediador pede que ela detalhe o que ocorreu. Carmo diz que a Nazaré teria dito para seu filho que estava grávida de Antônio Carlos. “Olha, quando meu filho me contou o que ela disse para ele, o sangue subiu e eu parti para cima dela, mas para defender meus filhos.” E completa: “Uma conciliação não vai resolver”.

Nesse momento, Maria do Carmo começa a exaltar suas próprias qualidades, seus projetos sociais e o que faz para ajudar as pessoas.

Eu sou uma pessoa do bem. Essa mulher sempre teve inveja do meu sucesso, inveja das minhas coisas. Ela sempre quis ter o que eu tenho: meu marido, meus fãs. Eu vivo para ajudar as pessoas. A forma como eu encaro a vida ajuda a melhorar a autoestima das pessoas. Eu faço muitas palestras de autoajuda. Já salvei pessoas do suicídio. Eu fui a diversos programas de televisão expor o meu trabalho. Já ganhei diversos prêmios. Eu recebo meus prêmios das mãos do Governador (nesse momento, Maria do Carmo pega o celular e começa a exhibir as fotos de suas premiações e aparições na TV). Eu tenho dó da alma de Nazaré! Ela está com Antônio só para me atingir. Eu alimento cachorros na rua. Eu não aceito que meus filhos se entendam com essa mulher. Eu tenho que sair de Planaltina para não matar essa mulher.

A mãe de Maria do Carmo interrompe e diz que tem medo que Nazaré pague alguém para matá-la.

Carmo volta a falar e diz:

Por que Antônio Carlos foi trazer essa mulher de volta para minha vida? Uma mulher que estava enterrada. Eu sou uma pessoa pública. Até chegar ao ponto de agredir essa mulher, eu tive que aguentar muita coisa. Eu estou com o pai dos meus filhos há 15 anos. Imagino que esteja sendo traída há muito tempo. Eu coloquei tudo que tenho a venda e vou embora de Planaltina. Não aguento mais. Vou vender minha loja, alugar minha casa e vou embora. Já estou procurando imóvel em Brasília.

Diante da fala de Maria do Carmo, o mediador sugere um acordo sem colocar as partes frente a frente. Ele tenta construir uma proposta em que as partes vão consignar um dever mútuo de não se aproximarem, não terem qualquer contato, não se provocarem ou insultarem. Ele pergunta se um acordo em que constassem esses compromissos atenderia a Maria do Carmo. Carmo disse que aceitaria firmar um acordo nesse sentido, já que queria mesmo paz até que pudesse vender suas coisas e sair de Planaltina, mas não acreditava que Nazaré aceitaria.

Nazaré retorna à sala da mediação, e Maria do Carmo sai. O mediador faz a proposta para Nazaré. Diz que Maria do Carmo que ir embora de Planaltina e que até lá ambas firmariam um compromisso de não se agredirem ou insultarem. Conta ainda que Maria do Carmo aceitaria o acordo. Nazaré aparenta surpresa com a notícia de Carmo querer mesmo ir embora.

Olha, eu não acredito nessa mulher. Duvido que ela vá embora de Planaltina. Seria ótimo que fosse e me deixasse em paz. Hoje, eu vivo com medo. Sou obrigada a andar com segurança. Mesmo assim eu não quero acordo. Eu quero prosseguir com o processo.

O mediador, então, chama novamente Maria do Carmo e comunica que Nazaré não aceitou o acordo. O mediador encerra a sessão.

Lerner (2003) assevera que, aparentemente, quanto menos preocupadas com injustiças passadas, mais as pessoas são capazes de devotar mais atenção sobre o problema e pensar sistematicamente de modo a gerar uma composição convencionalmente adequada para os eventos subsequentes. No caso em questão, tanto Maria do Carmo como Nazaré não conseguiram deixar de lado a rivalidade estabelecida há muito tempo e gerenciar seus sentimentos e interesses para compor direitos.

Contudo, uma das coisas importantes a se considerar nesse caso é que o tempo em si mesmo nunca pode ser argumento suficiente em favor da obrigação de esquecer e perdoar (FASSIN, 2013). À vítima deve ser assegurado o direito de expressar ressentimento e, caso ocorra, ser convencida a recuar por meio de demonstrações sinceras de arrependimento e pela reparação adequada dos direitos. A pressão institucional para esquecer criaria uma forma de injustiça procedimental (UMBREIT, 2001; EXLINE et al., 2012).

Remorso, arrependimento e reparação são reações que podem aparecer em situações em que se discute culpa (TANGNEY, 1995; 2011), mas não são propriamente reações naturais que irão aparecer sempre que a culpa e as consequências da agressão tomarem lugar na discussão (VA STOKKOM, 2002).

Esquecimento e perdão induzidos pela pressão social ou coerção institucional são imorais, na medida em que desconsideram o sofrimento do outro (FASSIN, 2013). Assim, palavras como perdão e reconciliação até podem fazer parte das audiências de mediação, mas nunca podem representar uma desvalorização da vítima, como que julgando que a legitimidade de sua raiva e dor são inadequadas. Em outros termos, a ênfase na reconciliação e no perdão podem e devem fazer parte de práticas restaurativas, mas como algo que surge espontaneamente, sem uma atitude diretiva do mediador (VAN STOKKOM, 2008). No caso em questão, não adiantaria insistir para que as disputantes entrassem em um acordo. A vítima não pode ser obrigada a perdoar.

Foi exatamente isso que conversamos eu e o mediador ao final da sessão. A despeito de todo tempo que foi dispendido com o caso (praticamente toda uma tarde), a mediação deve preservar, tanto quanto possível, a liberdade de ressentimento e assumir seus próprios limites restaurativos.

A produção do consenso depende de uma série de fatores que estão além de um procedimento equitativo. O reconhecimento institucional dos méritos da causa e da ofendida poderia ser suficiente do ponto de vista da qualidade do tratamento institucional dado à situação. Contudo, ser reconhecido como alguém digno de respeito e consideração institucional e ser tratado com dignidade, no sentido de ser ouvido e poder contar o seu lado da história por um agente institucional imparcial pode ser insuficiente para motivar as partes a transigirem, principalmente em situações que as partes preferem o combate ao debate cooperativo ou construtivo. Além do mais, um tratamento respeitoso, porém, pode ser também insuficiente para caracterizar um

procedimento equânime, se o acordo não contemplar adequadamente reconhecimento interpessoal (da legitimidade e mérito do interlocutor) e resultado adequado em termos de reparação de direitos correlacionados a obrigações de justiça.

Em situações em que debater para os participantes significa combater, o foco é a destruição ou desqualificação do outro. Nesse tipo de situação, é difícil separar a pessoa do problema ou separar o objeto da discussão dos sujeitos da discussão, uma vez que, para cada interlocutor, o problema é outro (AGUILÓ-REGLA, 2015).

Além disso, mesmo um pedido de desculpas, ainda que aparentemente sincero²³⁰, pode não resultar em perdão e esquecimento (DALY, 2006). E isso precisa ser compreendido na análise e avaliação do processo restaurativo.

A mediação se sustenta em pressupostos comunitários e relações de boa convivência ou de viver bem que enfatizam a reciprocidade ou a solidariedade. Quando o ressentimento em razão da ofensa é grande demais e os laços sociais – e, por conseguinte, o desejo de manter a relação – não são fortes o suficiente para vencer a oposição entre partes, procedimentos bilaterais de resolução de conflitos tendem a falhar (VIDMAR, 1992).

Em outros termos, a justiça restaurativa objetiva promover uma experiência personalizada de justiça que envolve reciprocidade, respeito, cortesia e compaixão entre os atores capaz de realizar uma correção da relação (SCORN, 2004). Quando o respeito e a compaixão não aparecem, essa experiência não é dramatizada.

Além disso, é preciso avaliar que o procedimento em si não foi satisfatório para a parte ofendida. Suas expectativas epistemológicas foram frustradas logo na entrada. Ela queria muito apresentar as imagens em que foi agredida e não pôde. As limitações narrativas impostas pelo procedimento, se por um lado não consistem propriamente em uma falha procedimental, caracterizam uma limitação técnica que pode representar na falta de reconhecimento de institucional e, conseqüentemente, na frustração com a justiça restaurativa.

2.2.4 Tomando as dores

²³⁰ Pedidos de desculpas podem ser motivados tanto pelo arrependimento sincero, como pela pressão social ou institucional ou, ainda, por ser simplesmente mais conveniente ou mais fácil que encarar um processo criminal. Além disso, pedidos de desculpas podem não ser sinceros ou, ainda, serem interpretados como insinceros pelas vítimas (DALY, 2006).

No caso em questão, Manoel e Aparício são da mesma família. Aparício é tio de Manoel.

O conflito entre eles está registrado como delito de lesão corporal leve. Contudo, ao abrir os autos, a mediadora percebe que o fato anteriormente estava classificado como tentativa de homicídio, de competência do Tribunal do Júri. Sem entender exatamente o que aconteceu, ela começa a manusear os autos. É uma das poucas vezes que vi um mediador folhear os autos para entender o que havia acontecido antes de iniciar a sessão.

A dúvida é se não haveria um erro de procedimento, ou seja, se o processo não havia chegado à CEJURES por engano. Após analisar as últimas folhas dos autos, a mediadora entendeu o que havia ocorrido. Inicialmente, Aparício havia sido acusado de tentar matar Manoel. O autor havia desferido uma facada em Manoel, que lhe causou uma perfuração profunda no tórax. A vítima necessitou ser hospitalizada.

Contudo, após uma avaliação da possível ausência de intenção do autor em matar a vítima e da gravidade da lesão, a Vara do Tribunal do Júri entendeu que a conduta havia sido classificada de forma equivocada e que a facada deveria ser classificada não como uma tentativa de homicídio, mas uma lesão corporal leve. Na prática, o juízo entendeu restar evidenciado a ausência de intenção de matar na conduta do agente (Aparício). O caso chegou ao JECRIM, portanto, após ser *desclassificado* pela vara do Tribunal do Júri²³¹.

As partes são chamadas. Manoel e Aparício sentam frente a frente. Eles não se olham. Manoel permanece de cabeça baixa e Aparício olhando para o lado, na minha direção. A mediadora inicia a sessão esclarecendo os objetivos da mediação. Ela diz que a mediação é uma oportunidade de as partes conversarem e se entenderem. Em seguida, ela explica as regras da mediação e pergunta se as partes compreenderam e concordam em seguir com a mediação. Ambos concordam.

Sai Aparício e fica Manoel.

²³¹ A desclassificação é um termo jurídico que significa que o juízo criminal, diante da ausência de adequação mínima entre os fatos narrados na denúncia e as provas dos autos, não tem dúvida quanto à incorreta qualificação do delito. Nesse caso, a desclassificação de um delito para outro pode ou não resultar na mudança da regra de competência. Como o Tribunal do Júri é competente apenas julgar os crimes dolosos contra a vida, no qual não se inclui o delito de lesão corporal, após a desclassificação, o processo é remetido para a vara competente. Como o delito de lesão corporal leve é considerado um crime de menor potencial ofensivo, a vara competente para o julgamento é o Juizado Especial Criminal.

A mediadora inicia a sessão explicando para Manoel o que havia ocorrido, que o fato havia sido classificado primeiramente como tentativa de homicídio e que depois havia sido desclassificado para lesão corporal leve.

Manoel não demonstrava compreender muito bem a questão jurídica mencionada. A mediadora pergunta se ele sabia o que havia ocorrido, se ele havia sido ouvido em algum momento. Manoel disse que não e que nem sabia que havia um processo.

A mediadora então pede que Manoel conte o que aconteceu. Manoel passa a contar o que ocorreu:

Meu tio sempre discutia e agredia meus primos. Minha prima me ligou um dia e disse que o pai estava discutindo com ela. Eu fui até a casa deles para defender meus primos, e meu tio me agrediu com uma faca. Eu sofri uma perfuração profunda, precisei ser internado no hospital porque perdi muito sangue. Minha prima chamou a polícia, e meu tio fugiu antes da chegada da polícia. Eu tenho uma ótima relação com a minha tia e as minhas primas, mas não tenho qualquer relação com meu tio. Ele afastou toda família. Ele, minha tia e minhas primas foram morar na Asa Norte um tempo depois do ocorrido. Não tenho mais contato com ele.

A mediadora pergunta, então, quais seriam as necessidades de Manoel e o como ele se sente em relação ao seu tio. Manoel diz:

Meu tio não é uma pessoa má, mas tem atitudes ruins. Não me surpreendeu que ele tivesse me agredido. Mas eu não quero que ele vá preso. Não quero nada para mim. Não quero prejudicar meu tio. Certamente, prejudicando meu tio eu estarei prejudicando minha tia e minhas primas. No início, eu tive raiva, mas depois de um tempo [passaram alguns meses desde a agressão], não tenho mais rancor. Eu entendo que ele precisa de ajuda.

Manoel sai e entra Aparício.

A mediadora pede que Aparício conte o que aconteceu entre eles. Aparício fala:

Sempre houve uma rivalidade entre a gente. Eu me mudei para Asa Norte para sair da confusão. Manoel pulou o muro da minha casa para me pegar. Eu discutia com a minha filha no momento que ele entrou. Ele queria me agredir ou me matar, e eu me defendi. Eu admito que errei, mas não sabia o que fazer na hora. Eu sou uma pessoa trabalhadora, que tem as coisas [bens]. Os outros [se referindo a Manoel e o restante da família], não gostam de trabalhar e querem ter as coisas. Eles não querem que eu cresça.

Aparício não aparenta muito arrependimento. Em que pese admitir que errou ao ferir Manoel com uma faca, ele justifica sua atitude em uma possível ameaça de agressão por parte de seu sobrinho. Não interessa à conciliação descobrir quem tem

razão (o que dificulta identificar obrigações derivadas de direitos). É de fato possível que Aparício tenha tentado se defender, já que seu sobrinho pulou o muro de sua casa e foi em sua direção no momento em que discutia com a filha. Mas isso não importa. O que realmente importa é como as partes encaram o conflito e o que pretendem fazer a respeito.

No caso, não há conversa entre as partes. Elas são ouvidas apenas em sessões privadas. O mediador aciona alguns tópicos relacionados à boa relação familiar, a importância da convivência e do amor, como uma forma de despertar o interesse na reconciliação.

No final, elas assinam um acordo. Manoel é questionado se quer representar, ou seja, se quer dar início/prosseguimento ao processo ou se renuncia a esse direito. Ele diz que não quer prosseguir com o processo, que não quer prejudicar o tio.

A mediadora, então, encerra a sessão com um acordo em que Manoel diz que renuncia ao direito de representação. A renúncia é a saída jurídica típica para o encerramento precoce do processo. A facilitadora ainda fez constar do termo os mesmos compromissos genéricos de bem viver já descritos anteriormente. Ambos assinam e vão embora, sem se falar.

O que ficou claro era que Aparício não queria manter qualquer tipo de relação com Manoel. E vice-versa. Aparício pontuou durante sua fala uma rivalidade antiga entre eles e a percepção de que seus familiares, sobretudo os da parte de sua esposa, têm inveja de suas conquistas: “Eles não gostam de trabalhar e querem ter as coisas. Eles não querem que eu cresça”.

Já Manoel disse expressamente que não queria ter qualquer relação com o tio. Ele não concordava com a forma como tio tratava sua tia e primas. Manoel ainda acreditava que invadir a casa de seu tio era uma atitude necessária e sensata para conter uma possível agressão.

O problema da agressão foi resolvido sem se entrar a fundo nas consequências da ação. Manoel foi hospitalizado. A agressão de seu tio poderia tê-lo matado. Mas o que havia ocorrido não tinha mais importância para ele. O acordo somente foi possível porque o rancor e o ressentimento arrefeceram ou foram estrategicamente contidos. O aprofundamento da relação não ocorreu e muitas coisas não foram ditas.

Não é qualquer emoção moral que é capaz de motivar a cooperação (HOOGE et al., 2007). Aparício pode até ter se arrependido da agressão e ter vergonha, mas ele não sente culpa. Contudo, a dimensão de sentimentos, ainda que não

adequadamente trabalhada ou verbalizada no procedimento, foi determinante para o encerramento do litígio. O equacionamento de responsabilidade sobre os atos e atitudes vivenciadas no conflito deu lugar ao atendimento de direitos e interesses sustentados em sentimentos. Sentimentos esses que Manoel nutre por sua tia e primas.

Assim, Manoel renunciou ao seu direito de representar em face de seu tio para preservar a família.

Do ponto de vista institucional, todavia, é preciso se ter em conta que muitos pontos ou dimensões do conflito não foram abordados. Não se discutiram ou se superaram os problemas decorrentes da qualidade da relação, nem se tratou da responsabilização do agressor pelos seus atos. Em que pese simbolicamente o conflito tenha sido devidamente explicitado a partir das narrativas de Manoel (e também de Aparício), não pareceu que houve uma elucidação terapêutica adequada do ponto de vista da vítima, no sentido do reconhecimento do insulto e falta de consideração. Aparício demonstrou pouco arrependimento pela conduta e nenhuma disposição em se desculpar. No fundo, ele entendia que Manoel invadiu sua casa e tinha a intenção de agredi-lo.

A intrusão despertou um sentimento de indignação tamanho em Aparício que o impediu de avaliar se a reação à intervenção de Manoel foi proporcional ou justa (Manoel não estava armado e é menor e mais fraco que Aparício).

Manoel, por sua vez, não queria qualquer reparação pecuniária, já que para ele isso significaria prejudicar seu tio e a família dele. Porém, durante a sessão não foram aventadas outras possibilidades de reparação, como um pedido de desculpas ou demonstração de arrependimento, por exemplo.

Além disso, embora Manoel entenda que seu tio precise de ajuda profissional para lidar com o problema do álcool e a agressividade, consoante menciona em sua fala, esse desejo não foi explicitado para o seu tio, nem foi algo percebido como necessário pelo agressor. Nenhum desses desejos constou do acordo.

No caso, contudo, a questão emocional não poderia ser desconsiderada simplesmente para dar lugar à definição de direitos ou a negociação de uma reparação. O foco sobre os interesses, sobretudo no campo penal, não significa necessariamente uma preterição de direitos ou negação de justiça. Não quando o que prevalece é a solidariedade.

Mesmo que as possibilidades de reparação não tenham sido adequadamente explicitadas ou tematizadas no contexto da mediação, o fato é que a renúncia a qualquer forma de reparação teve uma forte relação de dependência com a dimensão dos sentimentos, representada pelo afeto, a compaixão e o amor à família.

O conflito foi resolvido apenas no plano das necessidades/interesses. Manoel não tinha o interesse em ver seu tio processado ou punido. Como ele preferia esquecer o que havia acontecido e não prejudicar seu tio, o que para ele significava prejudicar também sua tia e primas, as demais questões foram deixadas de lado. E a sua vontade é o que vale. Isto é, a vontade do ofendido foi determinante para o desfecho do caso. O elemento autonomia, nesse caso, foi um componente essencial na elaboração simbólica do conflito e de seu desfecho.

A prevalência da vontade do ofendido é algo interessante de ser ressaltado. Justiça, do ponto de vista das partes, é aquilo que melhor lhes satisfaz. Manoel não queria nada e Aparício ficou satisfeito de não ter de responder a um processo criminal. Por pouco esse não foi a julgamento por júri popular sob a acusação de tentativa de homicídio. A renúncia de seu sobrinho ao processo veio em boa hora.

No que diz respeito ao aspecto da solidariedade, como se percebe, não havia um interesse na manutenção da relação ou no restabelecimento do vínculo entre as partes. Ambos preferiram seguir com suas vidas. Aparício se mudou para o Plano Piloto justamente para se afastar de Manoel e das outras pessoas da família.

Contudo, a relação familiar certamente teve um peso significativo na tomada de decisão de Manoel. O sentimento de apreço (cuidado) que Manoel tem pela tia e primas, que, inclusive, o levou a tomar a atitude de invadir a casa de seu tio para protegê-las, é um componente fundamental para entender as razões que o levaram a abrir mão da reparação.

O procedimento não serviu ao propósito de recuperar a relação entre tio e sobrinho. Nem mesmo foi capaz de dar conta da reparação de direitos ético-morais. Prevaleceram o cuidado e a solidariedade em lugar das obrigações de justiça. Um traço de consideração (ainda que indireta) pela pessoa do tio levou a que Manoel renunciasse a suas pretensões de reparação de direitos.

Em termos de qualidade do acordo, difícil dizer que houve reconhecimento como consideração do outro nesse caso. Na medida em que o reconhecimento é vivido como um direito de caráter ético-moral, não me parece que ele tenha de fato prevalecido no que concerne à relação entre as partes.

Da minha perspectiva, esse acordo jamais poderia ser classificado como equânime, na medida em que demandas significativas das partes não foram nem discutidas, e muito menos contempladas. A meu ver, por questões de solidariedade familiar, as partes acharam melhor esquecer o problema, sem necessidade de discutir ou administrar os direitos e sentimentos envolvidos.

Para o Poder Judiciário, é possível dizer que o processo alcançou seu resultado no sentido de encerrar o litígio. Há certamente um compromisso barganhado que encerrou uma disputa específica, e esse caso certamente comporá as estatísticas oficiais como um caso de sucesso. Porém, não houve de fato reparação do insulto, potencialmente experimentado pelos dois atores.

2.2.5 Déjà vu

Carlos e Viviane mantiveram um relacionamento afetivo por cerca de 2 anos.

Essa não é a primeira vez que os dois comparecem a uma audiência de conciliação. Na verdade, é a terceira vez que ambos comparecem ao fórum para resolver algum problema. Eles já participaram tanto de audiências de conciliação no Juizado Especial Criminal como de sessões de justiça restaurativa. Na primeira vez, fizeram uma conciliação. Na segunda vez, Carlos “retirou” o processo, após Viviane prometer que as brigas e agressões não voltariam a ocorrer. E, agora, segue o terceiro conflito.

Após a sessão de abertura, o facilitador pede que Viviane saia e aguarde do lado de fora. Carlos permanece na sala. O mediador pede que Carlos conte um pouco de sua história, o que motivou a situação que os levara até o CEJURES. Pergunta se já participou de alguma audiência de justiça restaurativa.

Carlos responde: “É a terceira vez que eu venho ao juizado. Na primeira vez, eu fiz uma conciliação. Na segunda vez, eu retirei o processo pensando que não ocorreria mais”. O mediador, então, pede que Carlos narre sua versão história. “Eu tenho provas da agressão. Está tudo no processo: as fotos e os laudos”, diz Carlos. O mediador explica que não leu os autos, não conhece os fatos e pede que ele conte o que aconteceu.

Novamente, há uma limitação epistemológica no procedimento. Essa limitação é, a meu ver, um defeito, mais que uma qualidade da mediação. Carlos queria provar a agressão, mas foi impedido.

Carlos prossegue com sua narrativa:

Viviane invadiu minha casa com a intenção de me matar. Eu fui parar no hospital. Ela pulou o muro, pegou uma faca e me agrediu. Eu tive cortes na mão e na cabeça [aponta os cortes na cabeça]. Essa mulher é descontrolada. Ela já agrediu a mãe e a irmã. É só olhar as fotos, os laudos. A agressão ocorreu no mês de junho. Ela estragou minhas roupas, quebrou o armário, TV. E o que eu estou dizendo é que aconteceu. Essa é a minha versão da história, eu não saí do trabalho para jogar conversa fora. Eu tenho certeza que ela vai negar.

Viviane é muito possessiva. Ela disse que se eu não for dela, não serei de mais ninguém.

Eu ajudei Viviane, cuidei dela e da filha que ela tem e o que eu recebo é isso. Eu nunca bati nela. Um homem não pode bater em mulher. E se tivesse batido, eu estava preso.

Eu perdi oito dias de trabalho por conta da agressão.

Minha moral ficou abalada na época.

Em seguida, Carlos se volta para facilitador e pergunta: “Você como homem deve saber como é. A moral do homem fica abalada”. (Carlos se referia ao fato de ter sido agredido por uma mulher.)

O mediador. Então, tenta resumir o que foi dito por Carlos e identificar as consequências e as necessidades.

Deixa-me ver se eu compreendi o que você disse. O que uniu você e Viviane foi amor, o companheirismo, a ideia de formar uma família e ter uma vida a dois. Mas depois vieram as brigas e com elas agressões, feridas, moral abalada, desilusão, decepção por ter ajudado sua ex-companheira. É isso? [Carlos concorda]. O que você quer é viver sua vida em paz, segurança, sem preocupação e aborrecimento?

Carlos concorda que é isso que deseja. O mediador então pede que ele saia e chama Viviane.

O mediador pede para Viviane contar o que aconteceu. Pergunta se ela sabe o motivo da convocação. Viviane diz que não sabe qual o fato que motivou o atual processo. O mediador não informa qual é o conflito específico²³². Ela pergunta se é o caso da facada. O mediador sinaliza que sim. Em seguida, ela começa seu relato:

Eu não fui à casa de Carlos. Dizem que eu pulei o muro e o agredi com uma faca, mas isso não é verdade. Eu fiquei surpresa de ter sido chamada na delegacia. Nós sempre tivemos uma relação conturbada, com discussões, ofensas físicas e verbais. Nós terminamos e reatamos algumas vezes. Sempre que voltávamos novas brigas aconteciam. Eu já o agredi uma vez, mas para me defender.

²³² Em conversa com o mediador após a sessão, questionei o porquê não contar logo de início o fato. Ele disse que é para não polarizar e dificultar o entendimento. Nas palavras dele: “*As partes sabem o que as trazem aqui*”.

O mediador começa a esclarecer quais as consequências do processo e as vantagens da conciliação.

Viviane manifesta o interesse em encerrar o caso, de ficar cada um no seu canto:

Eu quero que isso acabe, quero que cada um fique no seu canto. Eu já vivenciei os mesmos problemas [de agressão] com o pai da minha filha. Carlos é muito possessivo. Eu não podia ter amigos, eu não podia sair de casa. Eu tive que deixar minha filha com a minha mãe quando fui viver com ele.

Carlos me procurou para voltar, mas eu não quis. Não tenho mais contato com ele e nem quero mais ter. Continuo apenas tendo contato com a filha de Carlos. O melhor é cada um no seu canto.

Após a fala de Viviane, o mediador parte direto para uma possível construção de uma solução para o caso. Diante da sinalização de Viviane de que gostaria de encerrar o caso e cada um seguir a sua vida, o mediador pede que ela saia e chama novamente Carlos.

O mediador explica para Carlos que Viviane manifestou o interesse em encerrar o processo e concordava em não mais procurá-lo. Carlos, porém, não aceitou o acordo: “Eu já disse antes. Eu não acredito nas promessas dela. Agora, eu quero tocar o processo. Eu não acredito nas promessas dela”.

O mediador, então, explica o desenrolar do processo, que, se a questão não for resolvida por eles, o processo seguirá sem a participação de Carlos. Ele informa que o Ministério Público irá oferecer um acordo de transação penal que, se não for aceito pela autora, provavelmente o processo será suspenso²³³. Ou seja, o mediador dá a entender que Viviane sequer poderá ser punida pelo fato.

O facilitador ainda perguntou se ele não tinha um valor que queria pedir de indenização. Contudo, Carlos estava convicto de que não queria um acordo:

Deixa o juiz analisar. Dinheiro nenhum paga minha moral. Eu não confio nas promessas dela. Eu me sinto mais seguro, tranquilo em ver o processo seguir. Viviane vai pensar duas vezes antes de me procurar e fazer de novo o que ela fez.

²³³ O mediador se refere genericamente ao instituto da suspensão condicional do processo previsto no art. 89 da Lei n. 9.099/1995: Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal). A suspensão condicional do processo também é considerada uma medida despenalizadora prevista na referida lei.

O mediador não foi capaz de convencer Carlos de que a mediação poderia significar mais justiça que o processo judicial tradicional. Durante a audiência, ele sequer aceitou realizar uma sessão conjunta com Viviane para tentar dialogar. Como aquela não era a primeira vez que ele havia tentado um acordo com a ex-mulher agressora, ele já antecipava um desfecho pouco frutífero em uma nova negociação.

Após a sessão, aproveitei a saída do mediador e insisti no questionamento das razões que o levavam Carlos a acreditar que aquele era o melhor desfecho para o processo. A resposta dele foi a de que: “O juiz estudou para isso, que ele cumpra o seu ofício, que analise as provas e diga o quanto ela tem que pagar”.

Nesse caso, ficou nítido que Carlos não acreditava nas promessas de Viviane e, por sua vez, não acreditava que um procedimento de conciliação poderia evitar que sua ex-companheira viesse a prejudicá-lo ou perturbá-lo no futuro.

Consoante já ressaltado, a confiança é um fator essencial para a cooperação. Fator esse que deriva de um julgamento sobre o caráter e honestidade de intenções do outro. As pessoas estão propensas a cooperar quando confiam que as outras pessoas irão cumprir suas promessas (TYLER, 2010; DASGUPTA, 1988). Contudo, Viviane já havia descumprido anteriormente outros compromissos de não procurar mais Carlos.

A sinceridade é componente essencial da reciprocidade, e falta dela inviabiliza o procedimento. Nesse caso concreto, em conversa com o mediador após a audiência, ele disse:

Nem sempre as partes preferem a conciliação. As pessoas passaram séculos ouvindo o Estado dizer “deixa que eu resolvo”, aí vem a justiça restaurativa e quer que as partes resolvam. Não é fácil. Vai demorar para que as pessoas entendam os benefícios da justiça restaurativa. As pessoas ainda confiam muito na palavra do juiz. Veja este caso. O rapaz poderia ter conseguido aqui a reparação de seu prejuízo e uma promessa de não ser mais procurado. Ele nem quis saber do acordo. Você acha que uma transação penal vai resolver?

Alguns estudos realizados tanto na perspectiva da psicologia social (LIND; TYLER, 1988; TYLER, 2003) como da prática de administração de conflitos (O'BARR; CONLEY, 1985) sugerem que algumas pessoas estão menos preocupadas em ter o controle direto sobre as decisões tomadas do que serem ouvidas e consideradas por uma autoridade.

Essa decisão, portanto, pode estar relacionada à avaliação prévia de Carlos sobre a efetividade de procedimentos conciliatórios e é consistente com os achados de pesquisas que indicam que a participação não é independente de uma avaliação dos antecedentes da justiça procedimental (TYLER, 2003). Os fracassos anteriores reforçaram em Carlos a crença de que um outro tipo de procedimento poderá, enfim, afastar Viviane de sua vida.

Observa-se, contudo, que o sentimento de Carlos não é propriamente relacionado à falta de equidade do procedimento, mas a equidade da relação no sentido de sustentar um compromisso com o acordado (LIND; TYLER, 1988). A falta de confiança no outro contamina o procedimento e pode moldar aquilo que a pessoa crê ou entende como justiça. E as pessoas são motivadas por seus julgamentos de justiça (TYLER, 2010). Em outros termos, o que precede a descrença no procedimento é a falta de confiança e de sinceridade. Não na figura do mediador, mas da outra parte. E a falta de confiança compromete a empatia e compaixão.

No caso em tela, o ofendido não acredita nas promessas ou compromissos assumidos pela ex-companheira, e a falta de confiança no comprometimento moral do outro – que tem como consequência direta a quebra de solidariedade – reflete diretamente sobre sua efetividade do procedimento. Como mencionado, a confiança nas instituições e nas relações interpessoais estão interconectadas (DASGUPTA, 1988) e a falta de confiança no outro, nesse caso, comprometeu a capacidade da instituição em resolver o conflito.

Por mais justas e aparentemente adequadas que sejam as condições procedimentais a para promoção da comunicação e do entendimento, nem sempre o acordo é possível. A mediação, sobretudo no campo penal, invoca o comprometimento moral antes da formulação de um vínculo jurídico (acordo). Em outros termos, os benefícios da justiça restaurativa estão condicionados, assim, ao engajamento emocional e moral do ofensor e da vítima no procedimento. Esse comprometimento, porém, demanda provas de sinceridade que demonstrem consciência do mal que causou e responsabilidade moral (VAN STOKKOM, 2008).

Perdoar uma, duas, três ou mais vezes tem potenciais custos. No caso, Carlos já experimentou diversas provas da falta de sinceridade de Viviane e seu baixo comprometimento moral com o fim do conflito. Por isso, ele não estava disposto a perdoar novamente.

Do ponto de vista do mediador, a pressão por um novo acordo, que representasse uma nova tentativa de perdão e reconciliação, denotaria um defeito procedimental (falta de respeito institucional). Defeito esse que poderia ser considerado por Carlos um insulto.

Entre a atitude de querer buscar a restituição ou reparação como consequência da agressão, ele preferiu buscar uma decisão legal sobre o caso²³⁴. E isso faz parte do jogo.

Contudo, é preciso ainda observar que, algumas vezes, as pessoas assumem papéis, ainda que inconscientes, de carrascos altruístas. Quando eles percebem que o ganho é pouco provável (no caso, a reparação financeira ou mesmo a mudança de atitude de Viviane), eles podem preferir suportar os custos em favor de uma possível punição da pessoa que violou a regra de cooperação e seu dever de sinceridade (GINTS et al., 2005). Entregar o processo ao juiz pode ser a forma como Carlos achou para punir Viviane.

2.2.6 “Vai, bonito. Tô filmando. Vai fazer o que agora?”

No caso em questão, Joana, após um acesso de raiva, teria quebrado o vidro do carro de Dolores e lhe causado diversos ferimentos, além do prejuízo financeiro derivado da troca do vidro do veículo.

O mediador realiza a sessão de abertura. Estão presentes Dolores (vítima), Joana (autora) e Paulo, esposo de Joana. Em que pese na ocorrência policial apenas Joana conste como autora da suposta agressão, Paulo estava diretamente envolvido no conflito.

Após explicar como funciona a mediação, o mediador pede que Paulo e Joana saiam e que apenas Dolores permaneça.

O caso a seguir se passou em um posto de combustível. Dolores foi abastecer seu veículo por volta das 22 horas, após retornar de um longo dia de trabalho. O posto estava cheio nesse dia. Muitos carros aguardavam os poucos frentistas disponíveis concluírem os abastecimentos nas duas ou três bombas em funcionamento. Dolores parou seu carro na fila para abastecimento em uma das bombas e aguardava sua vez.

²³⁴ Aquilo que a mediação pode proporcionar no caso de Carlos se assemelha ao que Worthington (apud EXLINE et al., 2012, p. 343) chamou de *gap of injustice*, consistente na discrepância entre os resultados atuais e os resultados desejados. O desejo de resultado de Carlos vai além do que a mediação pode dar, no caso, ele quer uma decisão legal, mais que a restituição ou reparação.

Mais à frente, um homem que também aguardava desceu do carro e começou a gritar com um dos frentistas, por ter sido preterido na ordem de abastecimento. A amiga de Dolores, que estava com ela no carro, começou a gritar e a chamar pela polícia. Ela imaginou que o homem iria agredir o frentista e que também ele poderia estar armado. Como o suposto agressor tinha praticamente o dobro do tamanho do frentista, que era baixo e franzino, ela teve muito medo. Diante da reação da amiga de Dolores, a esposa do suposto agressor desceu do carro para defendê-lo. A agressora se dirigiu até o veículo de Dolores e segurou o vidro com tanta força que o quebrou, lançando estilhaços nas mãos, braços e rosto da agredida. Esta teve diversos ferimentos e necessitou colocar um tampão no olho por conta do pó do vidro. Ela ainda precisou substituir o vidro do carro. O conserto lhe custou R\$ 130,00.

O mediador pergunta como Dolores se sentiu e o que ela gostaria de ver resolvido na conciliação, como forma de acionar as consequências e necessidades da parte:

Quando esse homem desse tamanho desceu do carro, eu fiquei com muito medo. Eu fiquei com medo por causa do frentista. Fiquei com pena dele. Eu me senti impotente, transtornada e com medo. Eu fiquei com muito medo do marido e registrei a ocorrência na polícia. Fiquei com medo de encontrar esse homem outra vez. Eu quero que eles reflitam sobre o que ocorreu e que isso mude alguma coisa na vida deles.

Dolores sai e entram Paulo e Joana.

Paulo é técnico de enfermagem e Joana é professora. Ambos voltavam para casa acompanhados dos dois filhos após um longo dia de trabalho. Após 10 minutos na fila para abastecimento, chegou a vez de Paulo. Contudo, em vez de atendê-lo o frentista teria saído para atender outro carro. Paulo saiu do carro e foi reclamar com o frentista.

Observo que Joana consta como a autora da agressão, mas é Paulo quem fala:

Eu saí do carro para reclamar com o frentista e o gerente do posto. Quando eu estava falando com o frentista, alguém de dentro do carro de trás começou a dizer: "Vai bonitão. Tô filmando. Vai fazer o que agora?". Minha esposa, que estava estressada depois de trabalhar o dia todo, saiu do carro e foi tirar satisfação. Ao pegar no vidro do carro, ele quebrou. Eu fui insultado e xingado. A pessoa ficou incitando: "Vai, bonitão. Tá pensando que é grandão e pode tudo?".

Paulo entendia que Dolores gerou a confusão, por ter gravado sua discussão com o frentista e o provocado.

O mediador questiona, então, o que as partes querem e esperam resolver na mediação e o que aprenderam com o fato.

Paulo diz que está disposto a pagar o conserto do vidro do carro, embora acredite que a culpa pelo ocorrido é de Dolores: “Eu estou disposto a pagar pelo vidro, dentro das nossas condições, mesmo que ela não mereça, já que foi ela que provocou”.

Joana interrompe e diz: “Nossa consciência está tranquila”.

Nesse primeiro momento, o casal reluta em assumir qualquer tipo de responsabilidade pelo ocorrido: “Ela não tentou entender a situação, o porquê de eu estar nervoso, falando coisas que não devia. Ela se meteu em algo que não devia”. Em seguida, porém, pondera: “O que eu aprendi com isso tudo é que a gente deveria ter ido para outro posto, não deveria ter saído do carro. E eu espero que ela [Dolores] tenha aprendido a não provocar”.

O facilitador propõe uma sessão conjunta só com as mulheres. Dolores se sentia muito intimidada com a presença de Paulo. Eles concordam. O mediador então chama Dolores de volta.

Ressalto que tanto Dolores como Joana estavam firmes em suas posições. Ambas se portavam como vítimas na situação.

Na volta, Joana fala primeiro. Ela iniciou sua fala ponderando sobre a vida corrida, cansativa e estressante que ela e o marido têm e da maneira como se sentiu insultada com o suposto vídeo que Dolores (ou a amiga) estaria fazendo sobre a atitude do marido em ir reclamar com o frentista: “Quando eu vi você com o celular na mão, eu pensei que estava filmando para colocar no *YouTube*, que ia expor meu marido”, ressaltou Joana.

Dolores disse que não estava filmando nada. Que sua amiga pegou o celular para ligar para a Polícia. Ambas pensaram que o marido de Joana poderia estar armado:

A gente vê tanta tragédia todo dia. Tanta gente se matando por pouca coisa. Quando eu vi seu marido discutindo com o frentista, eu fiquei com muito medo. A gente pensa em tanta coisa. Tem tanta violência nesse mundo. Eu pensei que seu marido fosse agredir o frentista. Minha amiga pegou o celular para ligar para a polícia, ela não estava filmando.

Joana insiste que estava defendendo seu marido. A todo o momento, ela dizia que acreditava estar defendendo seu marido. Eu deixei meus filhos no carro sozinhos

e saí para defender meu marido: “Eu ouvi alguém gritando: ‘Eu tô filmando, bonitão. Vai fazer o que agora?’. Eu fiquei muito nervosa com aquilo, eu perdi a cabeça”. Joana então diz que está disposta a pagar o prejuízo de Dolores: “Olha, dentro das nossas condições, eu estou disposta a pagar o prejuízo. Você sabe que a vida está difícil, mas a gente dá um jeito de pagar”.

Durante a conversa, Joana menciona que é professora e que acorda muito cedo para trabalhar. Ela também diz que o marido trabalha muito, que é técnico de enfermagem. Joana ainda disse que, embora o marido seja alto e forte, ele é uma pessoa muito gentil e seria incapaz de machucar alguém.

Dolores diz que não quer dinheiro ou qualquer tipo de indenização: “Eu não estou preocupada com dinheiro, com indenização. Eu quero é voltar a ter paz. Eu já consertei o vidro e pronto. Não vim aqui cobrar isso”.

Quando Dolores diz que não quer receber pelo prejuízo que teve com o vidro do carro, Joana muda de atitude. Ela abre a guarda para assumir a responsabilidade e pedir desculpas. Há um reconhecimento parcial por parte de Joana:

Eu me exaltei. Não deveria ter saído do carro e ido tirar satisfação, principalmente porque estava com meus filhos no carro. Mas o que me levou a fazer o que fiz foi porque eu pensei que você estaria filmando a discussão com o celular.

O mediador pergunta então o que Dolores quer.

“*O que eu quero pouco importa, eu sou a vítima!*”, afirmou ela. (O que Dolores queria, na verdade, era pôr fim daquele procedimento e não viver com medo do Paulo, consoante deixou transparecer em sua fala.)

O facilitador então explica que esse é o momento de Dolores falar como sentiria reparada. Dolores diz que gostaria que Joana e o marido refletissem e se comprometessem a viver pelo diálogo.

Joana concorda que esse é o melhor caminho e pretende tirar uma lição do ocorrido: “Eu estou levando uma lição de tudo isso. Quero resolver tudo aqui. Eu quero pedir desculpa pelo que aconteceu”.

Dolores também pede desculpas para Joana: “Desculpe também pelo que aconteceu. Eu quero fechar o ciclo, seguir com a minha vida. Não quero qualquer reparação financeira. Não quero causar nenhum prejuízo financeiro para Joana. A questão está superada!”.

Joana também tinha razões para ficar ofendida com aquilo que supôs ser um insulto de Dolores, que estaria filmando seu marido para prejudicá-lo. Não é fácil perceber a densidade do insulto no caso concreto. Contudo, foi possível perceber como a atitude de Dolores incomodou Joana a ponto de motivá-la a agir de forma violenta. Por isso, a atitude de Dolores em reconhecer a eventual “provocação” teve reflexos no comportamento de Joana em reconhecer seu erro.

Um pedido de desculpas sincero pode estimular a dissonância emocional e a humildade, que permite à vítima reconhecer suas próprias transgressões – na própria relação ou em outras – e formular uma resposta baseada nas coisas que tem em comum com o agressor, mais que em suas diferenças (PETERSON-ARMOUR; UMBREIT, 2005).

Dolores pareceu satisfeita em ver Joana assumir que perdeu o controle e, principalmente, prometer não fazer mais isso (tirar satisfação). A agressora conseguiu persuadir a vítima de sua credibilidade ao baixar a guarda e evitar desculpas que pudessem justificar a agressão. Isso envolve demonstrar consciência e transmitir um tipo de *mensagem moral* de responsabilidade e arrependimento, que é o que busca a mediação penal.

Muitas vítimas estão mais preocupadas em receber uma reparação simbólica, que permita a renovação de sua identidade ético-moral, consistente, por exemplo, em um genuíno pedido de desculpas, que receber uma reparação material pela perda propriedade (DALY, 2006; STRANG, 2002). Em algumas situações, uma resposta moralmente convincente, como uma demonstração de arrependimento e um pedido de desculpa sincero, é a chave para arrefecer o ressentimento da vítima e incitar o perdão e composição, mais do que simplesmente gerar resignação, uma mudança interior.

Por isso, o arrependimento não pode ser percebido apenas como um recurso estratégico do ofensor para fugir de uma eventual punição (STOKKON, 2008; DALY, 2002; 2003; 2005). Quando o perdão real está em jogo, como é o caso aqui relatado, a vítima precisa buscar boas razões para desistir de considerar que o malfeito, a atitude de violência e de destempero justificam a continuidade do ressentimento. Pessoas fortemente ressentidas não esperam que o ofensor invente desculpas; elas querem arrependimento sincero (VAN STOKKOM, 2008) e o reconhecimento de sua legitimidade e dignidade ético-moral (CARDOSO DE OLIVEIRA, 1989; 2008).

Dolores ficou convencida de que a violência não faz parte da pessoa como um todo de Joana e de que seu comprometimento em não *perder a cabeça* novamente é sincero. Isso foi possível porque ambas cederam em um determinado momento da sessão conjunta e expuseram suas vulnerabilidades. Essa atitude abriu caminho para um estágio mais positivo, com foco na análise de responsabilidades, na consideração normativa do problema e nas possibilidades futuras (MOORE, 1996; 2001)²³⁵, como a formulação um acordo razoável (racional).

Todavia, foi possível perceber que ainda restou um pouco de medo e ressentimento em relação a Paulo. Dolores ainda não se sentia totalmente confortável em relação a Paulo. Ela ficou aterrorizada com o ocorrido e vai demorar um tempo para esquecer completamente o evento ou mesmo nem esquecer (FASSIN, 2013). Cada pessoa experimenta de forma diferente as situações de violência. Algumas pessoas ficam apenas levemente tocadas pela agressão e outras somam uma série de consequências desagradáveis, tais como o medo, problemas de saúde (insônia, falta de apetite etc.) e perda da confiança, entre outras. O grau de angústia da vítima pode ter um impacto negativo significativo sobre a resolução do conflito e contribuir para um ressentimento mais duradouro (DALY, 2006)²³⁶, que pode ou não impedir a formalização de um acordo.

O medo e falta de confiança são fruto de uma avaliação do caráter e da confiabilidade do outro (TYLER, 2010), bem como da crença de que aquela pessoa (no caso, Paulo) ainda tem o controle sobre coisas ruins que podem acontecer em sua vida (VAN STOKKOM, 2002; TANGNEY, 1995; 2011).

Ocorre que, quando o perdão é realizado de maneira completa, ele incorpora um balanço entre ações, disposições e sentimentos. Contudo, é possível admitir que há diferentes graus de perdão (GRISWOLD, 2007), bem como que a empatia pode variar conforme a situação. A empatia costuma ser seletiva de acordo com o grau de identificação, que pode depender do gênero, status social, raça, idade etc. (HARRIS et al., 2015). No caso, Dolores conseguiu perdoar Joana, mas não integralmente a Paulo, todavia, de maneira resignada, ela renunciou a ser reparada financeiramente

²³⁵ Moore (1996; 2001) chama essa manifestação psicológica de um esvaziamento coletivo ou de vulnerabilidade coletiva que permite manifestações de empatia.

²³⁶ Daly (2006) aponta que as situações de maior angústia aparecerem em relações de proximidade entre vítima e agressor, como conflitos domésticos e no ambiente de trabalho. Vítimas mais angustiadas tendem a guardar ressentimento, raiva e medo em relação ao agressor por mais tempo.

em troca de um compromisso futuro dos ofensores em não “perderem a cabeça” em público.

Em que pese Dolores aparentasse um grau elevado de angústia e ressentimento, o arrependimento (aparentemente) sincero de Joana e a possibilidade de se discutir responsabilidades e as possibilidades de reparação a fez recuar em favor do perdão. Contudo, ela deixou claro após a sessão que, se possível, espera não mais cruzar com Paulo. No caso de Joana, ela disse que não teria problema em encontrá-la novamente, já que a questão estava superada.

O mediador não tentou trabalhar essa questão do medo de Dolores em relação a Paulo na sessão.

No caso dos compromissos firmados na mediação, a confiança é um fato essencial, na medida em que a confiança é um importante motivo para a cooperação e resulta de um julgamento sobre o caráter. Ela é fator antecedente importante para a resolução de disputas, porque suscita um cálculo de risco sobre a manutenção das promessas ou compromissos assumidos. As pessoas estão propensas a cooperar quando confiam que as outras pessoas vão cooperar (TYLER, 2010)²³⁷.

A prioridade é um tipo de reparação simbólica que recupere a confiança na humanidade e o autorrespeito (MOORE, 1993; RODOGNO, 2008). Em alguns casos, isso parece ser suficiente para permitir o entendimento. Se não é possível se identificar com a dor outro, pelo menos é preciso compreender e reconhecer (VAN STOKKOM, 2002). E isso foi alcançado parcialmente.

Por outro lado, é preciso atentar para o fato de que a eventual atitude de desafio e recusa do esquecimento não tem nada a ver com um desejo de vingança ou preferência pela punição. Não esquecer e não perdoar não significa nutrir um desejo de dor e sofrimento a quem lhe causou um prejuízo, mas de conservar a lembrança sobre algo que lhe fez mal (FASSIN, 2013). A vítima não precisa, necessariamente, perdoar. Não se pode subornar ou forçar a compaixão.

Dolores aceitou os termos do acordo porque foi capaz de sentir algum tipo de empatia e solidariedade para com Joana e porque a sessão possibilitou o debate sobre responsabilidade e reparação (dimensão normativa do problema). Por isso, o resultado do acordo firmado tem um sentido de equidade, na medida em que foi

²³⁷ Consoante ressaltado, o processo restaurativo da mediação, sustentado em uma ideologia comunitária, demanda os compromissos essenciais da vida em comunidade para além do revelado na lei formal, que é a reciprocidade, a responsabilidade e a confiança (AUERBACH, 1984).

possível se ponderar questões de reparação de ético-moral, além de questões de necessidade e possibilidades de cada interlocutor.

A mediação precisa focar a qualidade de relação possível. No caso, a relação foi dramatizada na forma de um diálogo que superou parcialmente os danos derivados do conflito.

Por fim, é preciso ressaltar que o “eu desculpo você”, formulado após a compreensão e responsabilização, reflete um sentimento amigável (simpatia/empatia), um querer ser generosa, sem que isso signifique se reconsiderar o dano causado e sem deixar de lado o mais importante que é a reparação. Em outras palavras, um pedido de desculpas pode incitar compaixão (não querer ver a outra pessoa prejudicada), sem que isso importe propriamente em um sentimento de esquecimento e perdão (VAN STOKKOM, 2008). Contudo, esse pedido de desculpas precisa, em alguma medida, vir acompanhado de reconhecimento e reparação.

2.2.7 Rolo, rolo e mais rolo

Muitos conflitos surgem a partir de relações contratuais fracassadas. Um acordo desfeito pode comprometer uma relação familiar ou de amizade. No caso a seguir, o conflito gira em torno de uma série de transações de compra e venda de veículos malsucedidas entre Jerônimo e Florêncio, que resultou no registro de um boletim de ocorrência na Polícia Civil do Distrito Federal pelo crime de ameaça. O registro foi realizado por Jerônimo e ele é que inicia a sessão contando sua versão da história.

Jerônimo era dono de um Fiat Pálio, ano 1996. Certa feita, esse procurou Florêncio, seu “irmão da Igreja” e conhecido de longa data, para negociar a compra de um veículo Honda Fit, ano 2006. Para conclusão do negócio, Jerônimo ofereceu a Florêncio uma moto, o Fiat Pálio 96 e três cheques no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais). Ficou combinado que, após a compensação dos três cheques, o veículo (Fit) seria transferido para o nome de Jerônimo. Nesse meio tempo, Florêncio manteria consigo o documento de transferência do veículo.

Depois de algum tempo sem ter notícias de Florêncio, Jerônimo disse que foi procurá-lo por toda a cidade para resolver a questão da transferência do veículo. Ao encontrá-lo, Florêncio disse que estava enrolado, mas propôs um novo negócio:

Eu queria o documento do carro (Fit). Procurei Florêncio por toda a cidade. Ele nunca me procurou para nada. Mas, quando eu o encontrei, ele propôs um novo negócio: trocar o Fit por um Fiat Pálio mais novo. Eu ainda teria que dar cinco cheques de R\$ 1000,00 para completar o valor. Só que eu combinei que nenhum cheque deveria ser compensado. Nós acordamos que eu iria todo mês dar os mil reais em dinheiro e ele me devolveria os cheques. Eu paguei a duas primeiras parcelas em dinheiro para Florêncio, mas não recebi os cheques de volta. Florêncio sempre dizia que os cheques estavam com o irmão dele. Que ele tentou depositar os cheques, mas o cheque voltou. Ele agiu de má-fé. Ele não tem palavra, não cumpre o que fala. Florêncio não tem boa fama. Como ele não me devolveu os cheques, eu sustei os dois últimos. Florêncio não gostou quando soube que eu sustei os cheques. Eu avisei a ele que buscaria a justiça para resolver a questão, mas ele disse que não iria à justiça, que justiça ele faz com as próprias mãos.

O mediador perguntou se Jerônimo entendeu aquilo como uma ameaça de Florêncio. Jerônimo disse que sim, que entendeu a declaração de Florêncio era uma ameaça:

Florêncio disse que quer pegar o carro de volta e eu tenho medo que ele pegue o carro. Quando ele disse que ia fazer justiça com as próprias mãos, eu entendi isso como uma ameaça. Minha esposa também ficou preocupada, por isso fui à delegacia.

O mediador, então, pergunta o que Jerônimo gostaria de ver resolvido durante a mediação. “Eu quero o documento do carro. Quero resolver aqui o problema. Eu me comprometo a pagar o que devo”, disse Jerônimo.

Jerônimo informou que já pagou R\$ 16.700,00 para Florêncio e que ainda lhe deve R\$ 2.000,00. Ele ainda perguntou ao mediador se podia tirar o carro de Brasília.

Ele coloca uma dúvida jurídica que o envolve o manejo da posse/propriedade de um bem móvel. Como Jerônimo não recebeu o documento de transferência do veículo assinado por Florêncio, ele não sabia se poderia viajar com o carro para outro estado da federação. Contudo, o facilitador disse que não pode responder à dúvida jurídica formulada, que Jerônimo teria de procurar o Juizado Cível ou a Defensoria Pública: “A questão aqui é o boletim de ocorrência de ameaça. A questão cível pode ser resolvida em outra esfera”.

Havia no mediador o receio de ferir sua imparcialidade ao dar orientações jurídicas para uma das partes. Orientação essa que poderia representar, na visão dele mediador e naquele momento, uma quebra de uma das regras mais importantes da mediação. O que se viu, porém, foi uma limitação temática ou epistemológica e uma postura de imparcialidade que enfraquece o procedimento e o ambiente de discussão.

Embora não tenha dito isso ao participante, nada impediria que o mediador retomasse o tema mais à frente, no momento de formulação do acordo, quando ambas as partes estivessem presentes. Ocorre que, naquele momento, a questão da transferência do veículo não foi bem explicitada, nem adequadamente compreendida. Também não ficaram claros para a parte os possíveis resultados que a mediação é capaz de entregar. Nesse caso, houve uma limitação no tratamento que o procedimento da mediação pode dar ao conflito.

Jerônimo deixa a sala e entra Florêncio.

O mediador pede que Florêncio conte o que aconteceu, o motivo de estar ali.

Florêncio diz que não sabe o que aconteceu, que não sabia até então que havia um processo e pergunta por que foi chamado até o fórum.

O facilitador fala que há um registro de ameaça e espera a reação de Florêncio.

De maneira exaltada, Florêncio disse que não ameaçou ninguém, que tem provas de que não ameaçou e que Jerônimo é quem tem de provar a ameaça.

O facilitador pede, então, que ele conte sua versão da história.

Florêncio conta que é irmão de Igreja de Jerônimo e que fez um negócio com esse para venda de um carro. No negócio, Jerônimo lhe deu um carro um carro irregular e vários cheques sem fundo:

Esse cara me passou vários cheques sem fundo. Eu recebi um carro irregular dele no negócio. Eu quero receber tudo que ele me deve. Eu tenho aqui o documento do carro, olha [ele exhibe para o mediador o documento do carro]. Jerônimo é meu irmão da Igreja. Eu não ameacei ninguém. O que eu não quero para mim não quero para os outros. Quando eu sair daqui, eu vou direto pedir a reintegração do carro. Vou pedir para prender o carro. O carro está no meu nome. O carro é meu [e apresenta novamente os documentos do veículo].

Após a exposição de Florêncio, o facilitador lhe pergunta se gostaria de tentar resolver a questão ali, se haveria a chance de um acordo.

Florêncio explica que teve muitos prejuízos com o negócio. De acordo com ele, o primeiro carro que recebeu de Jerônimo (o Fiat Pálio, ano 1996) estava irregular. (Nesse momento da conversa, ele exhibe um documento que demonstraria que o carro dado por Jerônimo estava irregular.) Em razão disso, teve de pagar ao comprador os prejuízos que ele teve para regularizar o veículo. Alega, ainda, que não recebeu parte do pagamento pela venda do veículo:

Eu tentei resolver várias vezes a situação. Eu apresentei o cheque uma vez e o cheque voltou. Procurei Jerônimo, e ele disse que teve alguns problemas, mas que pagaria em dinheiro. Ele pagou uma vez, mas, quando tentei depositar os outros cheques, nenhum tinha fundos. Jerônimo sempre inventava uma desculpa e dizia que ia pagar depois. Estou com vários cheques sustados. Eu quero o carro de volta.

É importante ressaltar que havia uma discordância sobre qual seria o valor correto devido por Jerônimo a Florêncio. Esse disse que o valor era em torno de R\$ 5.000,00 a R\$ 7.000,00. Já Jerônimo disse que devia apenas o valor de R\$ 2.000,00.

Além do delito de ameaça, as partes ainda precisavam chegar a um acordo sobre o valor efetivamente devido e a forma de resolver as obrigações secundárias referentes à transação. Contudo, Florêncio se mostrou irredutível. Ele não queria qualquer acordo. Ele ficou extremamente ofendido com a atitude de Jerônimo, a quem conhecia há bastante tempo, de imputar-lhe a prática de crime de ameaça. Essa atitude de lhe atribuir um crime representou uma desconsideração ostensiva à sua pessoa, na visão dele.

A questão central, no caso em tela, é disputa patrimonial, ou seja, um problema cível. A própria ameaça dirigia-se à provocação de um mal ao patrimônio de Jerônimo²³⁸. Ele estava preocupado se Florêncio poderia lhe tomar o carro, já que ele ainda constava como o proprietário do veículo. Jerônimo ainda reconheceu um débito não quitado com Florêncio e estava disposto a acertar tudo. Ele queria um prazo para quitar dívida de R\$ 2.000,00.

Já o suposto ameaçador se sentiu muito ofendido por ter sido acusado por alguém que ele considerava um amigo como autor de um crime. Ele queria o carro de volta e se dispunha a devolver a Jerônimo o valor correspondente ao negócio, desde que abatido os prejuízos que teve em toda transação. Além disso, ele divergia sobre o fato de que Jerônimo lhe devia apenas a quantia de R\$ 2.000,00. Havia outros custos na transação que ele (Jerônimo) não considerava, como os débitos pertinentes ao Fiat Pálio que Florêncio teve de pagar para acertar a venda do veículo.

O que foi possível perceber era que as transações envolvendo os veículos eram muito confusas. Não era possível saber quem devia o que a quem. Nenhuma das partes explicou satisfatoriamente a questão. Da parte de Jerônimo, havia um medo de que ele pudesse perder o que pagou até o momento, se Florêncio lhe tomasse de

²³⁸ O tipo penal de ameaça exige que a ameaça se configure em um mal injusto e grave, manifestado de forma implícita ou explícita, que pode incidir sobre a própria pessoa (dano físico), seu patrimônio (dano patrimonial) ou a terceiros diretamente ligados ao ameaçado (familiares, amigos).

volta o carro. Já Florêncio queria o carro de volta, uma vez que teve diversos prejuízos com os negócios realizados. Ele não apenas teria deixado de receber o valor integral combinado pela venda do veículo, como também teve de arcar com os custos da regularização do carro que lhe Jerônimo lhe repassou.

Diante da intransigência de Florêncio, o facilitador encerrou a sessão. Ele percebeu pela postura dos dois que eles não se entenderiam. O mediador não insistiu na tentativa de conciliação das partes.

Após a sessão, ele me disse que há situações em que as partes estão firmes em suas posições e não adianta seguir em frente, não naquele momento. Era uma questão muito confusa e que envolvia uma série de *rolos* (com documentos irregulares, cheques sem fundo, pagamentos sem comprovação etc.). Por isso, seria impossível para as partes lidarem com a questão da ameaça sem antes resolver essa questão que, na verdade, era a principal questão a ser resolvida.

O conflito mencionado é certamente complexo. Além da disputa patrimonial, que envolve diferentes transações relacionadas à transferência de veículos, títulos de crédito, valores em espécie etc., o boletim de ocorrência registrado por Jerônimo por ameaça somente contribuiu para colocar lenha na fogueira. Um componente penal foi adicionado a uma disputa sobre bens e valores que se arrasta há algum tempo.

O foco de Jerônimo era garantir que não ficaria sem o carro e ainda garantiria um novo prazo para quitar seu débito. Não ficou muito claro se registrar o boletim de ocorrência foi um subterfúgio utilizado por Jerônimo para não perder o carro e forçar Florêncio a lhe devolver os cheques.

Como já mencionado, a mediação é uma oportunidade para litigantes se entenderem. Nem sempre isso é possível. Há conflitos em que as partes não querem dialogar. Nesse caso particular, porém, a complexidade da questão também atrapalhou a atuação do mediador. Ele não poderia apenas lidar com a questão da ameaça e deixar a questão patrimonial para outro momento. Também não poderia lidar com a complexidade da questão patrimonial com as poucas, confusas e contraditórias informações, sem correr o risco de participar da formulação de um acordo ilegal.

Do meu ponto de vista, a disputa patrimonial tonou-se indissociável do conflito ético-moral para ambas as partes, incendiado pelo registro de ocorrência de ameaça. Nesse caso, mediador não foi feliz na condução da sessão.

Além disso, esse conflito em particular revelou um limite da dimensão procedimental e, por conseguinte, da dimensão do resultado do processo restaurativo. Na avaliação do mediador, somente uma avaliação de provas poderia resolver o caso, atribuindo-se a cada um o que lhe é devido em razão do negócio de compra e venda. Contudo, como a mediação não lida com provas, a solução é encaminhar o processo para decisão do juiz.

De acordo com o mediador: “Tem questões que é melhor que o juiz resolva. Ela ouve as duas partes e examina cuidadosamente as provas. Aí ele decide”.

No caso em tela, penso que, uma vez superada a questão patrimonial, a questão criminal (ameaça) seria resolvida sem muitas dificuldades, desde que as questões normativas fossem compreendidas e explicitadas e o reconhecimento da legitimidade de cada interlocutor fosse reestabelecida. Isso porque a questão patrimonial era, na essência, o problema de fundo, o conflito subjacente que deu causa à suposta ameaça. Com isso, a ameaça poderia até ser compreendida com um ruído ou *problema de comunicação*²³⁹ e não uma promessa crível de realização de um mal.

2.2.8 Não invente um inventário

Trata-se de um caso de violência doméstica. No registro de ocorrência, Mara e Felícia, mãe e filha, respectivamente, atribuem a Joelma, irmã por parte de pai de Felícia, os crimes de lesão corporal, ameaça e furto²⁴⁰. O conflito subjacente, que deu origem aos atos de violência, diz respeito a um problema relacionado a um suposto inventário encomendado por Felícia e Mara.

Não há sessão conjunta de abertura. As partes começaram a discutir e se ofender no corredor do fórum, do lado de fora da sala do CEJURES. Por isso, os mediadores preferiram iniciar com sessões separadas.

Os mediadores chamam Mara e Felícia, que registraram a ocorrência e constam nos autos como vítimas.

²³⁹ Ressalta-se que, durante o treinamento, todas ou praticamente todas as situações simuladas invocavam como “questão” a ser enfrentada na mediação um “problema”, ou melhor, um ruído de comunicação, a fim de reinterpretar ou recontextualizar os fatos de forma diferente.

²⁴⁰ O caso foi classificado como “Maria da Penha”, categoria nativa que representa os crimes violência doméstica. As situações de violência doméstica podem ser de ordem física, psicológica ou patrimonial. E, consoante notei em trabalho anterior (BARBOSA, 2014), não raro, referidas situações de violência ocorrem de forma conjugada, como o caso relatado aqui.

Mara inicia a sessão contando que Joelma era filha de outro casamento de seu falecido esposo e que toda confusão girava em torno da herança: “Toda família acolheu Joelma quando meu marido aceitou que ela viesse morar em nossa chácara. Mas, depois que o pai dela faleceu, Joelma começou a reivindicar a herança e a briga começou”.

Felícia, então, conta que a irmã a agrediu, a ameaçou e ainda subtraiu bens que pertenciam à sua mãe:

Joelma me agrediu e me ameaçou. Eu revidei a agressão, claro! Eu estava dentro da minha casa. O fato foi registrado como crime de menor potencial ofensivo e não deu em nada. O marido de Joelma (Francisco) também ameaçou minha mãe. Ele disse que ia matá-la. Minha mãe fez tudo por eles: ajeitou a casinha que nós temos na chácara, deu geladeira, fogão, cama, muitas coisas. Um tempo depois eles entraram na casa da minha mãe e furtaram várias coisas. Eu sei que foram eles porque levaram apenas os aparelhos que funcionavam, como DVD, por exemplo, e deixaram outras que estavam estragados. Nós continuamos sendo ameaçadas depois disso.

Mara toma a palavra e diz que deram tudo para Felícia, Francisco e os filhos deles:

Eu fiz tudo por eles. Hoje, eu não quero vê-los mais. Não quero que eles se aproximem da minha casa. Eu tenho certeza que foram eles que furtaram minha casa. Joelma mexe com drogas e Francisco mexe com drogas e coisas roubadas. Eu fui ameaçada aqui dentro do fórum.

Mara ainda diz que sabe que Joelma irá se portar como vítima.

O mediador então pergunta o que Mara e Felícia querem resolver na mediação. Quais seriam suas necessidades ou interesses.

Mara diz que quer que Joelma seja punida pelo furto, constrangimento, ameaça e danos que causou, bem como que ela seja proibida de se aproximar de sua casa.

“Quero que ela mantenha distância e pare de me ameaçar”, diz Felícia.

Após o episódio, Mara relata que colocou Joelma e o marido para fora de sua chácara. Retirou as coisas deles e disse que não os queria mais lá. Ela ainda estipulou um valor de indenização, levando em conta os prejuízos que teve com o furto e o dano moral: “Eu tive um prejuízo de uns R\$ 6.000,00 com a TV, amplificador, DVD que eles levaram. Eu quero também indenização por danos morais”.

O mediador então pergunta qual seria o valor que ela gostaria de receber a título de danos. Mara estabelece na hora o valor de R\$ 5.000,00.

Felícia também diz que quer ser ressarcida pela agressão que sofreu e por todo constrangimento: “Eu quero que ela pague danos morais. Eu sei que ela não tem como pagar, mas eu quero que ela aprenda. Ela precisa pagar em dinheiro pela falta de respeito”.

Felícia e Mara saem da sala e entram Joelma e Francisco.

O mediador pede para Joelma contar o que aconteceu. Joelma pede para olhar os autos que estão sobre a mesa. Ela fica revoltada quando percebe que consta como agressora/autora nos autos e pergunta ao mediador por que isso aconteceu:

Por que eu estou como agressora? Fui eu que chamei a Polícia. Fui eu que fui agredida, que estava toda ensanguentada quando a Polícia chegou. Foi Felícia que me agrediu. Eles agrediram meu filho também. Eu vou sair daqui e vou direto para a delegacia saber o que aconteceu. Se tem alguma vítima aí [apontando para os autos], essa vítima sou eu. Fui eu que apanhei, não diz isso aí?

O mediador pede que ela esqueça o que está nos autos e conte o que teria acontecido.

Joelma explica que tudo começou com o inventário de seu pai. Nas palavras dela, Mara e Felícia queriam ficar com tudo que seu pai deixou: “Felícia e a mãe dela queriam ficar tudo. Queriam ficar com as propriedades e deixar as dívidas (R\$ 500.000,00) para os herdeiros. Eu não aceitei e ainda alertei minhas outras irmãs. Felícia e Mara passaram a me odiar depois disso”.

Sobre a agressão, ela conta que, após a morte de seu pai, Mara parou de cuidar dos animais e a limpar a chácara. Ela queria que Joelma saísse de lá de qualquer jeito: “Eu disse para ela que só sairia com ordem judicial. Felícia foi até a chácara um dia e começou a me agredir (puxar meu cabelo, dar socos). Meu filho é que chamou a Polícia quando viu a mãe ser agredida”.

Joelma se emociona e começa a chorar durante o relato. O mediador pergunta se aceita uma água, mas Joelma recusa e prossegue:

É um absurdo responder a um processo como agressora. É melhor ir para frente de um juiz para ele decidir. Os fatos precisam chegar ao conhecimento do juiz. Depois disso tudo, meus filhos saíram da escola. Por causa disso, eu perdi o Bolsa Família. Que se existir justiça, que a justiça seja feita! Que o juiz determine alguma coisa.

Joelma ainda diz que é preciso remarcar a audiência, porque faltou outra agressora (Alessandra). Essa teria agredido seu filho.

A mediadora prefere encerrar a sessão sem colocar as partes frente a frente. Ela entendeu que não havia chance de entendimento.

A complexidade da questão do inventário também é um fator que dificulta o discurso. Joelma estava muito fragilizada e precisava de assistência jurídica. O que se verificou é que o pai de Felícia, antes de morrer, transferiu a propriedade da chácara para o nome dessa. Felícia afirmou que sempre cuidou do pai, juntamente com a mãe, e que os irmãos reconheciam isso. Além disso, Mara e Felícia argumentaram que o inventário concluiu que seu pai tinha apenas dívidas, algo em torno de R\$ 500.000,00, e foi seu pai que quis transferir a chácara para o seu nome como forma de não perderem o imóvel. A transferência de bens realizada pelo pai ainda em vida, contudo, pode ter prejudicado seu direito e dos outros irmãos como herdeiros.

Durante a sessão, o mediador pergunta se Joelma consultou um advogado sobre o inventário. Ela disse que sim, mas que não estava convencida que não tinha direito a nada. Joelma acredita que Felícia e Mara armaram para que ela não ficasse com nada. Ocorre que, mesmo que a mediadora tenha percebido que uma das partes era mais vulnerável, ela não poderia atuar em seu favor.

A igualdade como pressuposto do tratamento institucional e do reconhecimento recíproco não existia. Contudo, a mediadora não podia orientar juridicamente a parte mais fraca. Nessa situação, a melhor saída foi encerrar a mediação sem insistir em uma composição.

Joelma, por sua vez, não aceitava ficar sem nada, sem herança.

Além de ter sido expulsa da chácara por Mara, que mandou que colocassem todos os seus objetos e de seus filhos dentro de um carro e entregassem na casa da mãe de Francisco, sem sequer avisá-la previamente, Joelma ficou sem nenhum dinheiro.

Ficou nítido que Mara e Felícia não queriam dividir os bens deixados pelo falecido. Elas entendiam que Joelma não merecia ficar com nada. Mara e Felícia não consideravam Joelma como alguém da família.

A sessão foi encerrada sem qualquer diálogo entre as partes.

As restrições narrativas e epistemológicas, tanto no que diz à maneira como as partes podem contar suas histórias como também sobre quais temas podem ser levantados em audiência, além da impossibilidade de lidar com provas, algumas

vezes, fazem com que as partes sintam a necessidade de uma interação verbal com uma pessoa dotada de autoridade, como a de um juiz, por exemplo.

No caso em questão, como o tema da herança não poderia ser discutido ali, nem havia espaço para apresentar provas, a mediação se mostrou ineficaz para discutir as agressões. Novamente, a impossibilidade de resolver a questão subjacente resultou no fracasso da justiça restaurativa.

Mais do que isso, do ponto de vista interacional, não havia qualquer predisposição das partes em reconhecer a outra como alguém digno de consideração. Em resumo, não havia espaço nem para justiça nem para solidariedade.

3 LINGUAGEM, DICURSO E DIREITO NA MEDIAÇÃO RESTAURATIVA

O processo da mediação, como instrumentalização de uma filosofia restaurativa de justiça, procura se orientar por condições procedimentais especiais que expressem valores diferentes do processo tradicional. Enquanto o processo tradicional opõe as partes em um jogo competitivo em torno da verdade, em que os atores têm condições discursivas desiguais e pouca liberdade para negociar o sentido de justiça que melhor se adequa ao caso em particular (BARBOSA, 2014; KANT DE LIMA, 1995b; 2008; 2010), o processo restaurativo dispensa as indagações formais sobre culpa e, com isso, almeja simplificar o direito e criar um ambiente em que as partes possam desfrutar de condições para decidirem seus próprios conflitos de maneira mais fácil e acessível (CAPPELLETTI; GARTH, 1988).

Nesse sentido, a compreensão que se tem é que estruturas e formas institucionais como a mediação são mais aptas no sentido de permitir a realização de valores como liberdade, igualdade e reciprocidade, na medida em que os sujeitos que participam da disputa são tratados com igual respeito e consideração²⁴¹ em um procedimento orientado pelo debate cooperativo e autoral e pela justa solução do conflito (AGUILÓ-REGLA, 2015; 2018). Trata-se de um procedimento que prestigia relações solidárias de convivência em nome da paz social (interesse comunitário) e que também invoca deveres morais de agir corretamente.

Mecanismos de discurso livre e igualitário aplicados à mediação pressupõem, portanto, uma forma estatal que assegure tanto quanto possível a comunicação como também a liberdade e igualdade enquanto regras básicas da razão (ALEXY, 2013)²⁴². Mais do que isso, o procedimento da mediação assume a função de um espaço institucional de criação secundária de normas individuais por meio de ajustes ou negociações promovidas entre sujeitos diretamente interessados, que precisa levar em conta tanto aspectos éticos da vida boa em comum, como também considerações

²⁴¹ No sentido de que um mandamento de tratamento não arbitrário ou desigual em ambos devem ser considerados como sujeitos morais e membros de uma mesma comunidade política cujos direitos individuais precisam ser levados em conta (DWORKIN, 2007). Tal procedimento busca conciliar relações recíprocas de reconhecimento com um conceito universalista de justiça (HABERMAS, 2010), como veremos mais adiante.

²⁴² As regras da razão de Alexy formulam três pretensões fundamentais incorporadas na fundamentação da pragmática transcendental de sua teoria do discurso: a) as pretensões de igual de tratamento; b) ausência de coerção; e c) de universalidade (BACKER, 2018). Ver mais sobre as pretensões de formação de regras da razão em Alexy (2013).

de caráter moral que obrigam os participantes a fazer o que é correto (ou justo)²⁴³ (RAWLS, 2002; 2005).

A intenção é que o valor moral da justiça prevaleça sempre sobre o valor moral frequentemente hegemônico da legalidade, na medida em que a pretensão de correção do direito se refere não só a fatos sociais ou razões autoritativas que emprestam força e coatividade ao direito, mas também à moralidade (ALEXY, 2014). Quando as pessoas entendem que determinada lei ou autoridade são incompatíveis ou inconsistentes com sua moralidade pessoal – quando os valores legais e morais são incongruentes –, elas tendem a não as apoiar (TYLER, 2010).

As sessões de mediação são pensadas e organizadas a fim de que o mediador possa, do ponto de vista da qualidade do tratamento institucional (justiça procedimental), fornecer o melhor atendimento às partes em conflito. Assim, desde o processo de preparação prévio para as sessões, a organização do ambiente e controle do tempo até as narrativas adotadas são padronizados e controlados de modo a favorecer o diálogo e a interação respeitosa e produtiva entre os atores.

Assim, de um ponto de vista da análise do discurso da mediação (capítulo 1 e 2) na prática, é possível verificar que o tempo, o espaço, a argumentação foram construídos e são moldados a todo tempo para emprestar legitimação ao discurso restaurativo e recontextualizar a prática social por meio desse discurso.

Neste capítulo, pretende-se analisar, de forma mais detida, algumas potencialidades e particularidades desse espaço discursivo.

3.1 DAS REGRAS E CONDIÇÕES DO DISCURSO NA MEDIAÇÃO

Entre as regras e as condições necessárias – embora nem sempre suficientes para se obter uma solução que leve em conta questões ético-morais que dão significado às relações interpessoais –, estão a possibilidade de tomada de decisão de maneira informada, consciente e não coercitiva, a fim de que as partes se

²⁴³ Para alocar referido procedimento no modelo jurídico procedimental de quatro níveis de Alexy, a mediação estaria no quarto nível, ou seja, no nível do procedimento judicial ou do procedimento de aplicação de normas jurídicas. O modelo jurídico procedimental de quatro níveis de Alexy se constitui dos seguintes níveis: 1º) discurso prático geral; 2º) processo legislativo; 3º) discurso jurídico; 4º) processo judicial. Ressalta-se que após críticas sobre a limitação do quarto nível simplesmente ao procedimento judicial, Alexy esclareceu que esse não se referia somente ao processo judicial, mas a todo procedimento estatal de criação secundária de normas jurídicas (BACKER, 2018).

percebam como livres e iguais (LEVENTHAL, 1977; THIBAUT; WALKER, 1975)²⁴⁴ e possam se orientar para uma solução reparadora reconhecidamente satisfatória.

Alexy propõe que um discurso prático ideal é aquele que procura:

[...] resposta para a questão prática sob condições ilimitadas de tempo, participação ilimitada e completa ausência de coerção, que geram a produção completa de clareza conceitual-discursiva, da completa informação e empírica, do completo preparo e capacidade para troca de papéis e da completa ausência de preconceitos (ALEXY, 1995, p. 113 apud BACKER, 2018, p. 27).

Uma das condições importantes que invoca é a sinceridade. Do ponto de vista ideal, a sinceridade invoca uma abertura material, no sentido de que não pode haver tabus ou assuntos proibidos. Os participantes poderiam opor durante a conversação qualquer argumento (ALEXY, 2013; 2014, AARNIO, 1991). Contudo, na prática da mediação, é possível ver que nem sempre a liberdade de argumentação é plenamente exercida. Nem tudo é dito. E omissão é, muitas vezes, importante para proteger as próprias partes.

Do ponto de vista da racionalidade do discurso, as omissões de informações (ou o não dito) podem, de alguma forma, comprometer a racionalidade da discussão, mas são aceitas do ponto de vista material como necessárias ao entendimento (AARNIO, 1991).

Além disso, para evitar coerção, nenhuma das partes pode apoiar-se em uma autoridade ou seu próprio prestígio para fazer prevalecer seus argumentos. O discurso deve sempre se desenvolver sobre uma base material, ou seja, o conflito real que faça sentido para os atores envolvidos. Desse modo, está proibido no discurso todo tipo de coação (AARNIO, 1991; HABERMAS, 2010; 2012). Cada participante tem o direito de apresentar o seu ponto de vista, bem como expressar suas necessidades, interesses e sentimentos.

Na prática da mediação, não há propriamente um controle rígido sobre o discurso, sobre o que pode ser conhecido ou o que pode ser ignorado. O que não quer dizer que não haja regras. A fim de possibilitar as condições necessárias para o diálogo, o processo da mediação estabelece regras e técnicas de entendimento a fim de neutralizar limitações empíricas inevitáveis na comprovação de fatos (manejo de provas, por exemplo).

²⁴⁴ Mesmo que do ponto de vista prático referidas condições estejam sujeitas às limitações formais e materiais inerentes ao procedimento institucional, consoante ressaltado.

O que se sustenta internamente – nos manuais e nas práticas observadas no campo – é que as partes devem abrir mão da comprovação de fatos a fim de permitir que a discussão possa fluir de modo produtivo. O foco da mediação é, portanto, o convencimento por meio do discurso formulado diretamente entre partes e não o de convencer (ou demonstrar) a um terceiro responsável por julgar o caso quem tem razão. Como na mediação não há um corpo de verdades a ser produzido, o recurso à dialética de perguntas e respostas revela-se indispensável, a fim de que as partes possam selecionar adequadamente as hipóteses de solução (GARCÍA AMADO, 2018)²⁴⁵.

Em outras palavras, em termos funcionais a justiça restaurativa ignora os aspectos procedimentais de produção de prova, com o objetivo de construir de verdades²⁴⁶, bem como as condições particulares de vítima e autor/agressor daqueles que participam do procedimento em nome da igualdade procedimental e do entendimento. Esse modo de proceder que desonera os participantes do procedimento do dever de provar tem por objetivo equilibrar o poder das partes em disputa e abrir o espaço para o diálogo, no sentido de argumentar para construir e não para destruir/combater o outro (AGUILÓ-REGLA, 2015).

O sucesso do mútuo entendimento discursivo depende, porém, do comportamento e da capacidade dos participantes, bem como das condições de discurso. Assim, é preciso ter em vista que o entendimento e a composição são uma tarefa e não um pressuposto que deriva do procedimento (ROESLER, 2013). As técnicas comunicativas que a mediação adota devem ser aprendidas tanto por quem conduz o procedimento como por aqueles que participam dele. Compreender as possibilidades e as eventuais vantagens (e desvantagens) do procedimento é algo fundamental para isso²⁴⁷.

Além disso, as condições de discurso da mediação se estruturam em torno de expectativas de boa-fé, autonomia, igualdade e reciprocidade²⁴⁸ por meio de dinâmicas que incentivam a compaixão e a empatia como importantes gatilhos

²⁴⁵ Para uma crítica dos tipos de argumentação e a relação entre argumentação e mediação, ver Aguiló-Regla (2015).

²⁴⁶ Refiro-me à busca da verdade do ponto de epistemológico de demonstração de um fato e não a busca da verdade como reconhecimento do comportamento correto no âmbito da argumentação moral.

²⁴⁷ Nesse sentido, ver a análise de O’Barr e Conley (1985) sobre as práticas de mediação nos Estados Unidos.

²⁴⁸ As regras de discurso, de um modo geral, expressam valores como liberdade e igualdade (ALEXY, 2014) e pressupõe alguma espécie de cooperação (reciprocidade).

emocionais que favorecem o entendimento (HARRIS et al., 2015). Nesse sentido, espera-se que as partes falem abertamente sobre o conflito, problematizem as questões que entenderem pertinentes e expressem desejos e sentimentos de forma mais desimpedida e igualitária possível.

É possível dizer, com isso, que o procedimento da mediação está mais próximo do discurso prático geral que propriamente do discursivo jurídico, na medida em que a liberdade de argumentação experimentada no processo de mediação não está limitada pela lei, pela jurisprudência ou dogmática ou regras processuais de prova e contraprova²⁴⁹. Ao contrário, o procedimento da mediação pressupõe o acionamento de argumentos morais relacionados à justiça e a direitos, assim como argumentos éticos relacionados à identidade individual ou coletiva e argumentos pragmáticos que expressam uma racionalidade meio-fim em um ambiente discursivo de liberdade e igualdade (ALEXY, 2014)²⁵⁰.

É preciso ressaltar que essas condições de discurso, pretensamente ideais, convivem com uma série de limitações que precisam ser levadas em conta na análise dos processos institucionais de administração de conflitos. Se é verdade que a atribuição de sentido adequado ou racionalizável a determinado acontecimento individual depende da capacidade argumentativa dos envolvidos e a reelaboração ou recontextualização dos fatos pelo mediador, esse processo está sujeito a limitações impostas por restrições narrativas, tanto de caráter substancial (o que pode ser dito) como formal (como os fatos podem ser apresentados) (O'BARR; CONLEY, 1985), além de possíveis falhas de comunicação²⁵¹.

3.2 RETÓRICA: A ESTRUTURA TÓPICA DA DISCUSSÃO NA MEDIAÇÃO

A retórica pode ser entendida como uma teoria da argumentação que cobre todo o campo do discurso que objetiva persuadir e convencer, qualquer que seja o auditório a quem se dirige ou a matéria sobre a qual versa. A argumentação, sob esse ponto de vista, não pretende derivar conclusões de certas premissas (a argumentação

²⁴⁹ Sobre a diferença entre o discurso jurídico e prático geral, ver Alexy (2013).

²⁵⁰ Alexy (2013; 2014) defende a tese do caso especial, de acordo com a qual o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral, muito embora comprometido com a lei, a jurisprudência (precedente) e a dogmática, que representaria o lado real ou autoritativo do discurso jurídico.

²⁵¹ Consoante alertam Cappeletti e Garth (1988), a dispensa de formalidades técnicas não asseguram automaticamente a qualidade da decisão. E isso faz sentido, sobretudo, quando o abandono dessas formalidades inibe a invocação de adequada ou pretendida do direito pela parte.

em princípio é não dedutiva) (MACCORMICK, 2008)²⁵², mas produzir ou acrescentar adesão de um auditório geral ou particular sobre a tese que se apresenta (PERELMAN, 1997)²⁵³.

Para tanto, uma primeira condição importante é que a fala precisa seja devidamente escutada. A segunda é que, para ser eficaz, a argumentação necessita de um contato de espíritos entre o orador e o auditório (PERELMAN, 1997), na medida em que ela é um caso de relação social (AGUILÓ-REGLA, 2015). Como a argumentação se propõe a influir sobre um auditório específico para modificar suas convicções ou opiniões e, com isso, ensejar uma mudança de atitude – ou, no mínimo, criar essa disposição – em lugar de impor sua vontade por coação, o discurso deve ser capaz atingir o espírito dos interlocutores (o que no âmbito da mediação representa o despertar de razões e sentimentos morais em torno da responsabilização e reparação).

No processo judicial tradicional, não há espaço para que as partes envolvidas no conflito-base se encontrem para debater diretamente o problema que lhes afeta. Já no processo de mediação esse encontro, quando possível e desejável, é essencial, uma vez que, em um processo argumentativo que pressupõe a exposição de interesses e sentimentos, o frente a frente tem por objetivo influenciar diretamente a sensibilidade (moral) dos envolvidos. O objetivo da argumentação é o de convencer as partes da necessidade de se portarem moralmente, para além de simples interesses estratégicos, na medida em que, do ponto de vista moral do viver bem e de forma correta, os interesses pessoais são apenas um dos fatores a serem levados em consideração (NAGEL, 2004). Por isso, um elemento essencial nesse tipo de processo argumentativo, portanto, é o valor que se empresta a quem fala²⁵⁴.

A presença das partes diz muito sobre o tipo de argumento que pode ou deve ser levantado durante a sessão e aquilo que precisa ser enfatizado. O mediador é responsável por esquematizar os argumentos possíveis, a maneira da tópica (VIEHWEG, 1969; GARCÍA AMADO, 2018). A forma sugerida para isso é separar o

²⁵² O silogismo jurídico, como um sistema de argumentação dedutiva, é comumente identificado como uma moldura para toda argumentação jurídica que se relaciona à aplicação do Direito (MACCORMICK, 2008).

²⁵³ De uma perspectiva pragmática, significa questionar: como vencer ou convencer os outros sobre uma questão problemática? (AGUILÓ-REGLA, 2015).

²⁵⁴ Diversamente do que ocorre no processo tradicional, organizado em torno de fórmulas e condições impessoais de discussão, na argumentação retórica pressupõe-se uma ligação entre orador (aquele que fala ou escreve) com aquilo do que se fala ou escreve, de modo que o discurso como ato pessoal é inseparável daquele que o profere (PERELMAN, 1997).

todo (conflito) em partes de modo a se compreender melhor suas dimensões temáticas, quaisquer que sejam elas²⁵⁵. A partir da fala das partes e do preenchimento das fórmulas de discussão, o mediador reconstrói a história de modo que se mostre clara e compreensível aos ouvintes.

A estrutura discursiva da mediação, projetada como estrutura tópica de argumentação, pressupõe que todos os pontos de vista, argumentos e considerações devem ser levados em conta (ROESLER, 2013), bem como elege argumentos padronizados de discussão (tópicos ou *topois*) orientados para o problema²⁵⁶: necessidades, consequências, responsabilização, reparação e compromissos futuros²⁵⁷. Essa estrutura de discussão fornece um tipo de horizonte hermenêutico que possibilita, de algum modo, o estabelecimento racional de argumentos possíveis (GARCÍA AMADO, 2018).

Na verbalização das premissas ou das questões subjacentes ao problema documentado, as partes não se utilizam de uma estrutura silogística como método de decisão ou de apresentação da decisão legal, como ocorre no processo judicial. Pelo menos não de forma explícita. Partes e mediadores não mencionam a norma legal, formal no espaço de discussão para evitar o dissenso e antecipar uma expectativa de consenso entre os atores (SOBOTA, 1991). A explicitação normativa é vista como contraproducente para orientar o diálogo.

A não menção à norma tem por objetivo gerar empatia (por tentar prevenir aplicação de rótulos como “criminoso”, “agressor”, “autor de crime”) e facilitar a compreensão do conflito em outros termos que não o de uma obrigação legal, que conduz o processo de forma mecânica a soluções pré-fabricadas pela lei. Dito de outro modo, não mencionar a norma impede que ela seja utilizada não como uma orientação normativa, que revela um sentido relativamente compartilhado de moralidade, mas como um artifício de reificação normativa que obsta o funcionamento dos mecanismos discursivos de diálogo e entendimento.

Essa mesma explicitação também não aparece nos acordos formalizados. Os acordos não contemplam as razões jurídicas da decisão, mas apenas as conclusões

²⁵⁵ Consoante veremos neste trabalho, as dimensões temáticas dos conflitos podem ser diferentes conforme se trate de um conflito cível ou penal.

²⁵⁶ Um sistema tópico de discussão, consoante entende Viehweg, pode ser definido por meio de quatro características: (1) orientação para o problema (2), ordenação dos tópicos que correspondem ao problema (3), movimento contínuo por meio de (4) uma argumentação racional (VIEHWEG, 1969). Para uma crítica da insuficiência da tópica na argumentação jurídica, ver Alexy (2013).

²⁵⁷ De igual forma, em âmbito cível, a discussão de questões, interesses e sentimentos.

ou compromissos assumidos pelas partes que, a meu ver, são insuficientes para legitimar o acordo ou caracterizar a equanimidade pretendida para além da relação.

A carência do discurso legal no espaço discursivo da mediação reflete a fragilidade na crença de que a justiça somente pode ser produzida a partir de princípios de racionalidade legal²⁵⁸. Trata-se, por assim dizer, de uma prática contra hegemônica de construção de responsabilidades, na medida em que as normas jurídicas (não necessariamente penais) apenas compõem a moldura jurídica dentro da qual são extraídos deveres e obrigações²⁵⁹.

O modelo retórico ou discursivo empregado na mediação tem, portanto, a pretensão de lidar com as contradições humanas ou insuficiências da lei, ou, por assim dizer, de emprestar relevância às decepções e ressentimentos que mobilizam as partes sem que qualquer preconceito e, com isso, tentar construir soluções adequadas (SOBOTA, 1991). Por essa razão, o processo retórico ou discursivo proposto na mediação não obriga que as razões e motivos precisem ser descobertos e verbalizados a qualquer preço. A retórica não pode determinar as fronteiras entre verbalizações, implicações ocultas e o mero silêncio. A questão da explicitação, ou seja, do dito e não dito na formulação das questões a serem discutidas, deve ser decidida diante da situação concreta (SOBOTA, 1991).

O processo da mediação é um espaço para exercício do discurso prático, para o exame das normas ainda que implicitamente consideradas. É no discurso prático que os participantes terão condições de definir a validade das normas invocadas para solução do problema concreto em questão.

Cumprе ressaltar, contudo, que o silêncio normativo ou a não invocação da lei penal dito aqui tem lugar apenas na segunda fase²⁶⁰, na fase da mediação. A lei penal,

²⁵⁸ De acordo com Sobota (1991), em sistemas jurídicos extensivamente codificados, nem os próprios juízes em suas decisões verbalizam a maioria das premissas maiores dos silogismos (normas) que eles pretensamente se utilizam como base para tomada de decisão. Muitas decisões são tomadas com base em normas implicitamente argumentadas.

²⁵⁹ Esse modelo invoca um processo de regulamentação diferenciado dos conflitos. Como as próprias partes definem obrigações, em tese, há maior facilidade de elas reconhecerem legitimidade ao procedimento e o conduzirem no caminho da construção de soluções mais equânimes. Digo em tese porque há situações em que as partes não acreditam no processo de mediação e preferem confiar na decisão por um juiz, como veremos a seguir.

²⁶⁰ Como já ressaltado anteriormente, esse modelo pretensamente retórico convive e funciona conjuntamente com o que Santos (1988) denominou de modelo burocrático nas práticas jurídicas de mediação. Na fase policial, há uma verbalização (explicitação) do direito ou a menção à norma típica do modelo burocrático/coercitivo. A polícia judiciária promove automaticamente a associação entre ação e direito, causa e consequência, no sentido de que *a ofensa é prevista como crime e todo crime merece pena* (punição). Essa associação é reproduzida quando os autos do termo

nesse caso, aparece apenas como uma alusão ou referência no sentido de que ela é a razão do por que as partes estão ali. Contudo, o resultado não é produto retributivo da lei penal, mas do consenso das partes²⁶¹.

3.3 MODELO DECISÓRIO DA MEDIAÇÃO

Uma diferença básica entre o modelo decisório da mediação e o modelo adjudicatório do processo penal tradicional é justamente a ênfase que o primeiro dá ao debate construtivo e cooperativo (AGUILÓ-REGLA, 2015) que apela a uma dimensão tópico-retórica. No modelo da mediação, o discurso é não legalístico e as partes, com o auxílio do mediador, acionam categorias comuns do cotidiano na discussão e na formação do entendimento.

Já no modelo de adjudicação do processo judicial, a solução é essencialmente legalista e pretensamente técnica. A decisão do juiz se concentra nas dimensões sintática e semântica da lei, isto é, qual é o sentido correto do texto da lei para o determinado caso (SANTOS, 1988)²⁶².

No modelo decisório da mediação, a participação ativa das partes e o interesse em dialogar é fundamental, diferentemente do modelo de adjudicação típico do processo penal (COSTA, 2004), em que um terceiro imparcial decide o caso conforme seu livre convencimento motivado (MENDES, 2005), levando ou não em consideração as posições ou interesses dos verdadeiros atores do conflito real.

No modelo da mediação, direitos, interesses e sentimentos das partes precisam ser contabilizados. Com isso, há uma maximização do potencial persuasivo do discurso e, conseqüentemente, maior potencial de elaboração de um acordo satisfatório para ambas as partes (SANTOS, 1988).

Por fim, na mediação, a estrutura decisória concentrada nas mãos de um terceiro imparcial e distante do conflito atua apenas marginalmente, no momento de homologação pelo juiz do acordo produzido durante as sessões de mediação e no sentido tão somente de validar/controlar os atos praticados pelas partes. A decisão

circunstanciado ingressam nos Juizados Especiais Criminais, na medida em que ela é funcional. A classificação do fato é o que define competência e possibilita a divisão do trabalho judicial.

²⁶¹ Há que sustente que é claramente impossível desprezar completamente as normas legais mesmo em tribunais comunitários ou populares de administração de conflitos, ainda que as condições ou critérios de justiça prevaleçam sobre a letra fria da lei. Ver, nesse sentido, Cappelletti e Garth (1988)

²⁶² Mesmo que do ponto de vista prático essa pretensão não faça sentido em razão da falta de critérios compartilhados de decisão.

sobre o conflito é das partes, e o mediador atua apenas como um facilitador do entendimento discursivo delas²⁶³.

Porém, a despeito das supostas diferenças mencionadas, é de vital importância observar como se constitui o universo processual no campo concreto da mediação, ou seja, quais conflitos e qual a amplitude da discussão. É preciso lembrar que o universo processual da mediação é pré-constituído, uma vez que o conflito já foi previamente classificado e documentado em um procedimento formal na delegacia. O fato é documentado e catalogado em um termo circunstanciado de ocorrência ou um inquérito policial, conforme se trate de um crime de maior gravidade ou de menor potencial ofensivo.

Assim, um processo com maior amplitude discursiva e aberto a possibilidades de consideração de soluções para além das fórmulas legais e das equivalências mecânicas demanda que se atribua à classificação dada ao conflito no registro de ocorrência policial um caráter precário e reversível. A distância entre o objeto real do conflito e objeto registrado e processado precisa ser superada no momento que se inicia a mediação, a partir da negociação de sentidos que se quer dar à relação. Com isso, o universo processual da mediação é ampliado e a redução a termo é desconstituída.

Mas essa desconstituição somente é possível em razão da forma de interação informal praticada no processo de mediação, que possibilita uma menor rigidez entre a forma e conteúdo do conflito, ou melhor, entre aquilo que significa o conflito para o direito e aquilo que significa o conflito para as partes. Também por isso o espaço retórico da mediação cobre áreas comumente vedadas no processo tradicional à argumentação.

Essa mesma informalidade ainda atribui um caráter flexível ao procedimento em relação às regras. Em princípio, a violação de alguma regra formal da mediação não impede o prosseguimento da negociação, embora possa comprometer o resultado final do processo. Assim, se uma parte não respeita o momento de fala da outra, o mediador pode simplesmente alertá-la novamente sobre a regra de não interromper e seguir com o procedimento.

De igual forma, se o mediador por alguma razão viola a regra da imparcialidade e toma partido (por exemplo, dá razão à mulher ofendida pelo marido), há sim um

²⁶³ Diferentemente do processo judicial, em que o juiz equidistante das partes assume um papel ativo e constitutivo na construção de solução que *decide* quem tem razão.

problema ético a ser enfrentado²⁶⁴, mas não necessariamente um prejuízo à mediação, se a parte ofensora se mostra arrependida e disposta a reparar o dano.

3.4 DA LINGUAGEM E DO USO DA EMOÇÃO NO DISCURSO

O tipo de linguagem praticado na mediação também não se distingue da linguagem comum. Assim, não há uma ruptura linguística provocada pela conversão da linguagem comum em linguagem técnica jurídica manejada pelos profissionais do direito, como ocorre no processo jurídico tradicional (SANTOS, 1988). A não utilização da linguagem especializada, mesmo que o mediador tenha formação jurídica, abre caminho para que as partes contem seus problemas como elas perceberam e reelaborem o significado da relação conflituosa em termos funcionais (não jurídicos).

As partes não são mais silenciadas pela linguagem da lei e pelo distanciamento entre seus pontos de vistas e as interpretações e discursos dos profissionais do direito. Liberados da terminologia do direito e traduções por especialistas, as partes podem ficar mais livres para tomarem parte das decisões sobre suas histórias (CHRISTIE, 2007).

Isso porque, na justiça restaurativa, em princípio, elas deixam de ser meras observadoras para se tornarem participantes dos discursos e compartilham suas ideias de justiça. O conceito de justiça assume uma clareza para partes que podem aproximá-lo mais de seu contexto comunitário e não da indiferença da lei (AUERBACH, 1984).

Essa consistência no uso da linguagem não técnica entre todos os falantes evita que durante o discurso um eventual desacordo material se converta em um desacordo linguístico (AARNIO, 1991). Isso garante uma maior compreensão e, por conseguinte, uma eficiência no discurso, não no sentido de respeito à racionalização de concepções legais (para esse crime vale essa pena), mas do ponto de vista da compreensão de significados, valores e crenças (VAN LEEUWEN, 2008).

Entre as regras que regem a conciliação/mediação institucional, que tem por objetivo possibilitar o engajamento dos envolvidos com vistas à sua participação e ao comprometimento com eventual acordo obtido, está a desvinculação da profissão de origem. Assim, um mediador formado em direito deve informar aos participantes que

²⁶⁴ A imparcialidade é um dos princípios fundamentais que regem a atividade dos mediadores e conciliadores, previsto no Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais (art. 1º, IV).

não poderá orientá-lo sobre questões jurídicas e que, caso seja necessária orientação ou aconselhamento afetos à área do direito, poderá ser convocado para a sessão o profissional respectivo, desde que com o consentimento de todos.

A abertura linguística e o manejo de questões morais do procedimento também criam condições adequadas para o emprego de emoções e sentimentos.

A mediação invoca uma discussão baseada em valores e não apenas na comprovação de fatos, e, como uma discussão baseada em valores considera uma linguagem emotiva como algo frequentemente razoável e necessária (WALTON, 2018), o uso da emoção ou apelo à manifestação de sentimentos pode ser percebido como algo útil do ponto de vista da elucidação simbólica (renovada compreensão da agressão) e/ou terapêutica (reconhecimento socioinstitucional da agressão e percepção do agredido de que sua identidade foi reparada) do conflito (CARDOSO DE OLIVEIRA, 2010)²⁶⁵.

Dito de outro modo, a racionalidade do discurso da mediação, como uma discussão a partir do acionamento de valores, pretende que as partes não se deixem determinar em seu processo decisório apenas por elementos externos à situação comunicativa. O apelo a uma moral impessoal e externa ao conflito – capaz de endossar ou fazer aceitar nossas ações e justificações a partir de um ponto de vista externo à nossa situação em particular e que não seja tampouco o de nenhuma outra pessoa em particular (NAGEL, 2004) –, pode simplesmente não funcionar em um diálogo entre pessoas que experimentaram atitudes de desrespeito e falta de consideração.

Com isso, quero dizer que a simples argumentação de que houve um fato lesivo ou danoso e que a lei diz que há um crime, sem levar em conta a situação particular do contexto (CARDOSO DE OLIVEIRA, 1989) e o significado do conflito para os envolvidos, pode resultar em um diálogo pouco efetivo.

Em segundo lugar, a mediação não busca fomentar um diálogo apegado à coerência e consistência da argumentação, no sentido de que a premissa deve

²⁶⁵ Aristóteles, em a *Retórica*, fala que os fins da justiça são melhor servidos pela racionalidade e objetividade, ferramentas estas que ajudam o juiz a focar sobre o caso e evitar a sedução ilícita pelas emoções. Ver, nesse sentido, Acorn (2004). Na mediação, a subjetividade dos participantes não é propriamente um problema, uma vez que ela não reproduz as idiosincrasias dos participantes, mas suas percepções e considerações sobre o conflito. Assim, em referidas práticas a objetividade dá lugar à subjetividade (como vontade dos sujeitos morais) sem prejuízo da racionalidade. A racionalidade, nesse caso, assume uma forma comunicativa dotada de razoabilidade. Já o gerenciamento das emoções é usado para convencer e motivar a cooperação.

sustentar de modo suficientemente claro e forte a conclusão (MACCORMICK, 2008). O modo tópico de argumentação que se estrutura na mediação permite a discussão de qualquer problema a partir de fórmulas ou esquemas explicativos/interpretativos que viabilizam a construção de argumentos persuasivos (ROESLER, 2013). Entre esses argumentos, é possível se acionar emoções e sentimentos que fazem sentido para se compreender e elucidar o conflito.

As regras aplicáveis à mediação não indicam nenhuma receita ou fórmula de como as partes devem resolver a disputa. Ela não contém qualquer teoria da decisão que tenta estabelecer quais as necessidades, ordens de preferência ou convicções valorativas para chegar a um resultado (GARCÍA AMADO, 2018)²⁶⁶.

Ainda, diferentemente do processo contraditório tradicional, em que a situação comunicativa está submetida à exigência de fundamentação, ou seja, quem fala deve ser capaz de apresentar justificativas para aquilo que diz (dever de prova) (FERRAZ JR., 2015), no discurso da mediação, os aspectos morais vinculados a sentimentos e emoções não precisam ser fundamentados para serem considerados racionais. Em outros termos, não há um dever de prova em relação a esses sentimentos experimentados. O objetivo da mediação não é encontrar evidências para provar se uma proposição é verdadeira ou falsa.

Contudo, mesmo que a mediação seja um espaço aberto à expressão de sentimentos e à apresentação de versão dos fatos que cada qual entende como *verdadeira*²⁶⁷ para justificar a pretensão de direitos, as partes precisam ser capazes de articular de modo suficiente claro a extensão do dano e o do ressentimento provocado pela ofensa (CARDOSO DE OLIVEIRA, 2004; 2008; 2010), a fim de que o mediador possa categorizar as explicações causais e motivacionais apresentadas, a partir das categorias predeterminadas²⁶⁸.

De outra sorte, a não preocupação com o dever de prova (ônus de prova) não quer dizer que as emoções e sentimentos devem ser articulados sempre e em todo lugar, nem que referidos argumentos possam ou devam ser utilizados

²⁶⁶ Em que pese as regras existentes e forma como é organizado o procedimento, de alguma forma, influenciam o conteúdo da argumentação (critérios e premissas possíveis) e estabelecem limites de negociação ou a exclusão de alguns resultados.

²⁶⁷ Ressalta-se que o aspecto da verdade é algo secundário no discurso da mediação. Verdadeiro aqui se assemelha mais às convicções ou certezas pessoais que cada um guarda consigo, que serão compartilhadas no curso do debate, mas que não são investigadas, verificadas ou refutadas a partir de evidências ou provas.

²⁶⁸ Um ponto central da mediação criminal é troca de explicações entre as partes (DUFF, 2003).

falaciosamente²⁶⁹ para disfarçar a fraqueza ou irrelevância de uma alegação em relação aos fatos (WALTON, 1992; 2018). É preciso atentar que o uso de emoção no discurso não pode servir como manifestações unilaterais vazias e fechadas a questionamentos críticos ou pretender que os sentimentos sirvam como subterfúgios para se fugir da discussão (PIRES DOS SANTOS, 2015).

O apelo às emoções deve ser útil ou relevante no sentido de ser potencialmente elucidativa para o conflito. Os sentimentos precisam de alguma forma contribuir para os fins do diálogo e ser capaz de motivar as partes a se abrirem ao entendimento, uma vez que há questões de direitos que somente se tornam inteligíveis à luz das emoções que suscitam. Isso faz com que, nesses casos, os sentimentos ou emoções sejam parte efetiva dos esforços demonstrativos baseados em critérios compartilhados (CARDOSO DE OLIVEIRA, 2004; 2008; 2010).

Um pedido de desculpas movido pelo arrependimento ou culpa pode representar, algumas vezes, um ponto de partida para a comunicação (BOTTOMS, 2003). Por isso, a mediação deve abrir caminho e fornecer condições para que as partes gerenciem suas emoções e, com isso, poder discutir responsabilidades e comunicar arrependimento ou remorso (HARRIS et al., 2015).

De meu ponto de vista, eu entendo que a mediação pode assumir a condição de um diálogo persuasivo em que os participantes procuram convencer um ao outro a respeito de sua tese (PIRES DOS SANTOS, 2015) por meio do apelo a fatos e a sentimentos que elucidem o significado da agressão, entre eles o apelo à compaixão, à empatia, ao amor, ao arrependimento, ao caráter e à boa convivência.

Desse modo, para além da discussão sobre fatos, as emoções têm um papel significativo na elucidação do conflito e podem sim ter um peso significativo no processo de motivação moral das partes a reagirem positivamente em favor da reparação ou aceitação dessa. O importante é que o argumento seja capaz de criar motivação *certa* nas partes, no sentido de se abrir para o entendimento e para composição: aceitação de responsabilidade e reparação do dano por parte do ofensor e de perdão (ou compaixão, empatia) e disposição a aceitar a reparação por parte da vítima.

²⁶⁹ Walton considera um argumento emotivo ou que apela à sentimentos como falacioso quando ele é fraco e utilizado agressivamente para bloquear os fins do diálogo e se proteger de questionamentos críticos (PIRES DOS SANTOS, 2015).

Daí a importância de o mediador garantir que ambas as partes possam expor seus sentimentos e, ao mesmo tempo, atuar em favor da validação dessas emoções como reconhecimento de que os participantes têm algo a dizer sobre o conflito que merece o respeito institucional. Reconhece-se, todavia, que motivar uma pessoa a compreender seu dever moral não é algo simples, sobretudo quando as partes estão armadas para o confronto e não para o diálogo. Há sempre o risco de que a mediação se torne um palco de briga, marcado por atitudes destrutivas ou de combate (DEUSTCH, 1985; AGUILÓ-REGLA, 2015).

Além disso, há sempre o risco de que a compaixão suscitada no procedimento seja forçada ou compulsória e que o perdão ou esquecimento sejam comprados por meio de imposição ou pressão pela formulação do acordo (VAN STOKKOM, 2008; ACORN, 2004). Nesse caso, os acordos formulados na mediação constituem nitidamente compromissos barganhados, que não levam em conta os aspectos de equidade na solução do conflito (CARDOSO DE OLIVEIRA, 1989; 1995).

Referidos compromissos, além de serem incapazes de gerar gratidão, como se poderia supor que ocorreria caso a reparação derivasse de algum benefício oferecido de maneira espontânea e gratuita por parte do ofensor (STRAWSON, 2008), também não são aptos a motivar as partes a criar um tipo de obrigação interna que importe no dever moral ou social de fazer o bem aos outros para além da relação (MAUSS, 1974; GODBOUT, 1998).

3.5 O MANEJO DO DIREITO E O USO DO ARGUMENTO NA MEDIAÇÃO

Todo discurso precisa ser adaptado ao seu auditório. As premissas a que se busca adesão devem ser aquelas que deem sentido positivo ao conflito e permitem ampliar a compreensão e rearticular direitos e interesses em sentido amplo, sem necessário enquadramento jurídico-legal-penal. As premissas da argumentação devem ser aquelas que aproximam as partes e com as quais elas possam, de alguma forma, solidarizar-se.

Nesse sentido, a renúncia à invocação de termos técnico-jurídicos facilita a compreensão de atores *leigos* que são chamados a decidirem o conflito. Isso porque as palavras que compõem o tipo penal não podem garantir a compreensão sem falha da mensagem que se quer enviar, uma vez que a maioria das normas (penais) é apenas discursivamente possível. Elas projetam um consenso (suposto) sobre valores

ou bens jurídicos que precisam ser institucionalmente protegidos, em que pese referido consenso não provenha de uma fundamentação definitiva (HULSMAN; CELIS, 1993; PAVARINI, 2002; ZAFFARONI et al., 2006; CHRISTIE, 2011).

Há inúmeras razões que podem autorizar os envolvidos a abandonarem uma norma aceita de maneira geral até agora em uma situação concreta: a) a interpretação das necessidades ou interesses pode mudar; b) o conhecimento empírico sobre o que a norma pretendeu regular pode ser mostrar insuficiente; c) as consequências diretas e indiretas para relação concreta podem não ter sido antecipadas ou as contradições da norma somente podem aparecer depois (ALEXY, 2013; HART, 2009).

Além disso, é preciso ter em conta que o direito penal geralmente criminaliza mais que sua real intenção (KLOCKARS, 1985). Com isso, toda norma pode ser de alguma forma faseada a qualquer tempo; mais ainda, normas que, em princípio, afetariam mais diretamente os direitos e interesses das partes envolvidas do que supostos interesses gerais de prevenção ou manutenção da fidelidade geral ao direito (JAKOBS, 2009).

Em outros termos, não há um sentido pré-determinado das normas jurídicas, mas um que precisa ser construído no debate jurídico ou prático. As normas legais funcionam como pontos de partida em séries argumentativas e somente ganham sentido na prática discursiva (ROESLER, 2013). Assim, os mal-entendidos sobre o que deve ou não ser objeto do direito penal solicitam uma interpretação contextualizada (CARDOSO DE OLIVEIRA, 1989), de preferência no contexto da relação específica entre os atores envolvidos, como forma de eliminar as frequentes omissões ou ambiguidades do texto. Em outras palavras, é preciso buscar fora do texto o sentido correto da proteção legal ou seu significado jurídico.

Para tanto, o mediador precisa dissociar o sentido jurídico convencional dado pelo direito penal e pela decisão padronizada das autoridades ao conflito do sentido convencionalizado que as partes podem dar no espaço de discussão da mediação. A aparente incompatibilidade que se produz na situação dada – que não é uma contradição de caráter universal que obriga a renúncia à norma – necessita ser resolvida em concreto²⁷⁰.

²⁷⁰ É certo que as incompatibilidades poderiam/deveriam ser examinadas de forma antecipada, a fim de serem eliminadas ou reduzidas, contudo, consoante afirmou Hart (2009) há sempre uma zona de penumbra (vagueza, indeterminação) que não pode ser preenchida pela formulação abstrata da norma.

O propósito da mediação é a resolução e prevenção dos conflitos. É criar certeza no meio de tantas incertezas geradas pelo conflito²⁷¹. Por isso, a solução deve ser construída a partir de múltiplas e progressivas tentativas de aproximação ou de convergência de interesses. O foco, portanto, está na segurança das relações mais que na aplicação da lei. Nesse sentido, o direito atua apenas marginalmente na discussão do problema e as soluções, não raro, pouco têm ligação com as sanções jurídicas previstas (SANTOS, 1988).

Trata-se, portanto, de uma prática jurídica que invoca critérios de correção do direito penal. A antiga noção de abuso do direito (MIAILLE, 1984) pode fornecer algumas pistas de como a transferência da decisão sobre o litígio penal do Estado, representado pelo Ministério Público, para os particulares potencialmente pode corrigir os excessos do processo de criminalização nas situações em que o interesse particular aparentemente se sobrepõe ao interesse coletivo (BARBOSA, 2014).

A noção de abuso de direito precede ao próprio direito codificado e tem por objetivo corrigir os excessos do exercício de um direito e reconhecer que esses não são poderes absolutos oponíveis em qualquer situação. A teoria do abuso de direito objetiva relativizar os poderes inerentes ao exercício de um direito e evitar que ele seja utilizado para prejudicar alguém (MIAILLE, 1984).

Relativizar o poder de punir ou de perseguir em juízo, principalmente nos crimes de baixa ofensividade ou nos *delitos particulares*²⁷², representa o reconhecimento de que esse direito ou prerrogativa pública de acusar não é um poder absoluto a ser exercido em face de quem violou uma regra. Ele precisa ser avaliado no caso concreto, do ponto da ofensividade real (prejuízo ou lesão a um indivíduo) e não a um bem abstrato juridicamente tutelado (ESER, 1966), sob pena de ser utilizado não apenas em prejuízo da parte (verdadeiramente) ofendida, como também ao próprio autor da lesão (BARBOSA, 2014).

O exercício automático e irrefletido da tutela penal sobre os conflitos constitui um abuso do direito penal, na medida em que inviabiliza as considerações valorativas

²⁷¹ Esse também é o objetivo do discurso legal tradicional-retributivo. Sobota (1991) ressalta que um dos objetivos do discurso legal é criar a ilusão de certeza em uma esfera de incerteza.

²⁷² Retoma-se aqui a terminologia empregada pela legislação penal brasileira do início do século XIX. Diversos delitos à época eram classificados como particulares por aparentemente dizerem mais respeito as pessoas envolvidas que à sociedade representada pelo Estado. Embora a dicotomia entre crimes particulares e públicos não faça sentido no direito vigente, na medida em que o direito penal é um direito público, portanto, que se destinada a proteção de bens indisponíveis, ela é reveladora da real natureza da ofensa e dos interesses preponderante envolvidos para o qual chamo a atenção aqui.

no âmbito do contexto específico da relação litigiosa. Há ainda que se ressaltar os déficits de compreensão associados ao modelo tradicional de decisão em diferentes situações. Nesse sentido, a titularidade do poder penal pelo Estado deve ser exercida de forma supletiva, nas situações em que a vítima prefere a intervenção oficial a participar de qualquer procedimento conciliatório, como garantia de proteção ao ofensor e não como garantia de proteção à vítima (FERRAJOLI, 2002).

Em outras palavras, o poder estatal somente deveria ser manejado nas situações em que as partes não conseguem construir um entendimento sobre seus direitos ou interesses particulares colocados frente a frente. E, quando operacionalizado institucionalmente, deveria ter como foco a prevenção da violência estatal e evitar os abusos normativos.

O direito penal e as regras procedimentais que lhe dão concretude, do ponto de vista de sua justificação, constituem um limite de responsabilização ou de contenção do poder punitivo (ZAFFARONI et al., 2006). A leitura apropriada do utilitarismo reformado de Ferrajoli (2002) nos permite afirmar que o direito penal é apenas um quadro referencial (constitutivo de obrigações de justiça correlativas a direitos), a ser empregado apenas como soldado de reserva na hipótese em que outras formas de resolução dos conflitos falharem. Sob essa perspectiva, o direito assume uma dupla função preventiva. De um lado, previne o apelo à vingança privada; de outro, previne o uso da coerção penal como vingança pública.

Esse modo de operar o direito reivindica que o detentor do poder saiba renunciar aos predicados normativos ou às deduções típicas do esquema punitivo (toda violação da regra resulta em sanção), desde que elas deixem de estar de acordo com as necessidades da vida social/comunitária e da justiça, a fim de que as partes construam as consequências, interpretações ou adaptações das regras de acordo com seus interesses e sentimentos (BARBOSA, 2014)²⁷³.

A grande questão é saber até que ponto essa lógica concreta compromete a unidade do próprio sistema, na medida em que a lógica jurídica organiza os termos e define a forma de classificá-los e de utilizá-los de modo a que não haja qualquer perturbação na coerência interna do sistema jurídico (MIAILLE, 1984).

²⁷³ De acordo com a lógica jurídica, as classificações, prescrições e definições do direito não fariam qualquer sentido se delas não decorressem consequências, adaptações e interpretações no âmbito na vida social (MIAILLE, 1984).

A meu ver, como as práticas de mediação compõem um dos eixos oficiais de administração de conflitos da justiça penal pública – não se trata de uma prática comunitária ou local à sombra da vigilância estatal²⁷⁴ –, não existe o risco de uma contradição insuperável dentro do próprio sistema.

Se levarmos em conta que o sistema jurídico é apenas um relativamente coerente (MAcCORMICK, 2008; FERRAZ JR., 2015) ou, ainda, que nenhum sistema jurídico estatal pode ser inteiramente coerente (MOORE, 1978), interpretações particularizadas que não suscitem as mesmas consequências jurídicas do processo penal podem facilmente encontrar uma tradução jurídica, uma codificação do real, por meio da lógica jurídica (MIAILLE, 1984). Assim, no campo da mediação as intenções reais das partes poderão ser transformadas em um real jurídico, com as repercussões típicas de um acordo oficial, ou seja, um acordo dotado de coatividade relativa. E caberá ao juiz zelar pela correção formal do acordo e garantir que não haja contradições insustentáveis com a ordem jurídica²⁷⁵.

3.6 DA RECONSTRUÇÃO NORMATIVA DO FATO

Referido projeto institucional, porém, extrapola as meras concepções particulares de bem e pretende encontrar adesão em um tipo de concepção pública de bem-estar coletivo (SANDEL, 2005). Em outros termos, as promessas constantes nesses acordos finais reduzidos a termo na mediação traduzem, para além dos compromissos relacionados aos interesses de cada parte, concepções de bem viver que dão sentido à própria existência da instituição judiciária e que promovem a harmonia comunitária.

A possibilidade de invocação de pretensões morais na mediação reforça, certamente, o aspecto particular da disputa e a preterição da autoridade (institucional), que tem receio de macular o sistema jurídico ao levantar pretensões de correção que contaminem a suposta imparcialidade do julgador e a universalidade do direito

²⁷⁴ Consoante aparenta ocorrer, por exemplo, nas práticas de mediação comunitária desenvolvidas no espaço retórico popular do que Boaventura Santos (1988) denominou de direito da Pasárgada. Para um estudo mais aprofundado sobre o direito da Pasárgada, ver Boaventura Santos (1998; 2015).

²⁷⁵ Algum tipo de anteparo institucional é admitido mesmo por criminológicos abolicionistas, que defendem a redefinição mais radical da forma de rotular e administrar os conflitos sociais (LARRAURI, 2000; ANDRADE, 2006).

(MAcCORMICK, 2008)²⁷⁶. Todavia, a despeito de seu caráter particular de invocação da pretensão de correção, entende-se que os arranjos morais que corrigem a regra são dirigidos a todos e não apenas aos envolvidos na formulação da decisão. O ajuste moral deve ser capaz não apenas de convencer as partes envolvidas do melhor sentido de justiça que a regra deve conter no caso concreto, como também a comunidade e os atores institucionais que zelam pela adequação e razoabilidade de decisão.

Nesse sentido, espaços consensuais são potencialmente uma saída para crise de um direito penal liberal, que pretende cristalizar na norma jurídica uma única concepção de bem racional, acessível a todos. O universo contextual discursivo da mediação já pressupõe, ao contrário, que as relações de interação já apareçam “descentradas”, de modo que todas as particularidades da situação possam ser consideradas e, por conseguinte, não fiquem restritas à observância de uma determinada norma (GUNTHER, 2004, p. 175).

Como as normas jurídicas apenas relacionam condições jurídicas estipuladas de forma universal a consequências jurídicas prescritas de forma universal, os fatos não se encaixam verdadeiramente no direito, pois esse não se refere a situações particulares (MAcCORMICK, 2008). Em outras palavras, no momento de elaboração da lei, ela contém um sentido moral genérico aceitável universalmente, que não leva em conta as potenciais indeterminações fáticas e finalísticas típicas das regras jurídicas (HART, 2009; MAcCORMICK, 2008).

Assim, na aplicação do direito a determinada situação específica, a construção de soluções situacionalmente adequadas, imparciais²⁷⁷ e morais demanda consideração de todos os aspectos normativos do problema. É no contexto de aplicação que o conteúdo moral genérico da regra precisa ser reconciliado com as concepções morais particulares dos atores envolvidos e a vida ética comunitária. Ou seja, é na aplicação que a norma encontra seu verdadeiro sentido (GUNTHER, 2004).

Os espaços de mediação possibilitam, em alguma medida, uma *reconstrução normativa* do conflito, uma vez que permitem que as realidades juridicamente institucionalizadas na forma de delito e imputação, assim classificadas e documentadas no procedimento criminal que dá origem ao processo de mediação,

²⁷⁶ Mais uma vez, falo do discurso jurídico não da prática operativa de construção de decisões, muitas vezes despidas de critérios claros e compartilháveis.

²⁷⁷ A imparcialidade no sentido de se levar em consideração todos os pontos de vista na situação específica.

sejam transformadas por meio de formas comunicativas que exigem o reconhecimento recíproco e a autonomia individual. Em outros termos, os espaços de mediação estão estruturados eticamente para possibilitarem um padrão de práticas intersubjetivas que permitem aos participantes se realizarem na medida em que se relacionam mutuamente, com o auxílio do mediador, de modo a expressarem seu reconhecimento por meio da consideração moral (HONNETH, 2007).

Por isso, entende-se que Alexy (2014) tem razão quando sustenta a necessária conexão entre direito e moral. Para ele, esse vínculo entre direito e moral obrigaria que os aplicadores do direito em seu nome levantassem pretensões de correção sob pena de se degenerar em um mero sistema de força. Na prática, porém, o que se vê de forma rotineira é a invocação não da correção do direito, mas de sua autoridade, sobretudo quando as práticas decisórias estão sustentadas em modelos inquisitórias de resolução de litígios. Muitos aplicadores estão mais preocupados em tornar mais caro o custo de infringir a lei que propriamente de promover ajustes nas regras jurídicas por meio do acionamento de questões morais.

Ocorre que levantar questões morais durante o procedimento importa em redesenhar a própria teoria do delito. A violação à lei, como essência do direito criminal, ignora as características particulares do dano e a personalidade moral do envolvidos, além de restringir as possibilidades de reparação (ZEHR, 2008)²⁷⁸. Com essa reformulação proposta, a desobediência à lei ou ao Estado, como substância do ilícito criminal, daria lugar à preocupação com o dano como uma ofensa à pessoa ou grupo (ESER, 1966).

No campo prático, a mediação propõe algo para além da técnica penal, para além dos conceitos formais de antijuridicidade e da tipicidade como elementos do crime. A intenção ou dolo, assim como a desobediência à regra, fica em segundo plano.

Ademais, mesmo em situações desculpáveis ou justificáveis do ponto de vista da moralidade legal, a mediação abre espaço para a responsabilização e a reparação não coercitiva e não contaminada pelo processo de estigmatização penal (HARRIS et

²⁷⁸ Os atuais fins da pena e do direito penal não contemplam o indivíduo lesado. Ao contrário, obscurecem o prejuízo individual causado pelo comportamento de terceiro. Reconhecer o dano como elemento substancial do crime retoma uma antiga (e fracassada) discussão sobre a insuficiência da mera antijuridicidade formal (contrariedade à norma) para dar corpo ou substância ao delito. A ofensa concreta à pessoa não pode ser confundida ou incorporada como violação à lei (ESER, 1966).

al., 2015; BRAITHWAITE, 2003). Em outras palavras, mesmo à mingua de requisitos legais para a responsabilização criminal, haveria, de um lado, um espaço para o arrependimento, o compadecer-se com a dor causada pelo dano e a reparação da ofensa por parte do ofensor; e, de outro, para o perdão e o sentir-se reparado por parte do ofendido (DAVIS, 1992; RETZINGER; SCHEFF; 1996; MOORE, 1993; VAN STOKKOM, 2002; DALY, 2006; ZEHR, 2008; UMBREIT, 1998).

3.7 RECONTEXTUALIZAÇÃO SIMBÓLICA E AS LIMITAÇÕES EPISTEMOLÓGICAS

O conflito é marcado por uma forte dimensão simbólica, ou seja, como as pessoas percebem os acontecimentos que envolvem a relação conflituosa. Um importante trabalho a ser realizado na mediação é tentar mudar a perspectiva das partes em relação ao conflito, recontextualizá-lo prospectivamente e abrir as portas para uma transformação da relação danificada (CARDOSO DE OLIVEIRA, 2010; COSTA, 2004), por meio de dinâmicas emocionais que ritualizem ações de respeito, compaixão, cortesia, arrependimento e perdão (RETZINGER; SCHEFF, 1996; RODOGNO, 2008).

Uma vez que as partes são estimuladas a contar seus problemas durante a sessão de mediação, a forma e o conteúdo da conversa podem afetar as percepções de equidade, de um ponto de vista relacional ou interacional no mesmo tanto ou até mais que eventuais falhas procedimentais (FOLGER; CROPANZANO, 1998). Assim, o cuidado na administração da linguagem é visto como algo fundamental para favorecer o diálogo e o entendimento.

Dois casos que bem retratam isso são os que denominei de “Quando o mais é menos: uma palavra mal colocada põe tudo a perder”. Nesses dois casos, uma palavra mal-empregada ou mal interpretada reacendeu o conflito e impediu a concretização de um acordo.

Nesse sentido, entre os métodos utilizados pelo mediador para favorecer o diálogo está a recontextualização prospectiva do conflito, que dá valor a uma forma de discussão construtiva e cooperativa, a partir de uma interação com respeito recíproco (ACORN, 2004). Por meio da esquematização do problema em termos positivos, o mediador procura gerenciar adequadamente as emoções (culpa, vergonha, empatia etc.) e motivar a cooperação e o entendimento (RODOGNO, 2008).

A melhor forma de fazer isso é identificar de forma clara e precisa as principais questões (direitos), interesses/necessidades e sentimentos envolvidos no conflito e, a partir daí, trabalhar a responsabilização e os compromissos a serem assumidos. Para isso, o mediador precisa observar algumas regras discursivas para assegurar um ambiente discursivo ordenado na mediação, bem como se utilizar de algumas ferramentas que possibilitem uma recontextualização simbólica positiva do conflito que possibilite o entendimento.

Essa forma de argumentação não explicita os verdadeiros termos da disputa, ou seja, recusa-se a dialogar em termos de delito e punição como definição prévia do fato, que seria a linguagem típica ou comum da justiça penal. O objetivo em não declarar explicitamente que a agressão representa um conflito penal é não anular a troca (reparação), ou seja, não inviabilizar o diálogo e o entendimento. Há um esforço por parte do mediador em deixar a ideia de crime associada ao ato implícita, como forma de incentivar um tipo de reciprocidade mais altruísta e menos calculista.

A primeira regra é assegurar um discurso ordenado, em que as partes são previamente orientadas a não interromper quem tem a palavra – e são advertidas quando não seguem as regras. O respeito entre oradores e ouvinte é essencial. O fluxo de comunicação tende a funcionar melhor quando as partes obedecem a essa regra. Por óbvio, isso nem sempre ocorre. Aliás, o mais comum é que uma das partes, sobretudo em sessões conjuntas, interrompa a outra para pontuar alguma discordância ou antecipar a apresentação de sua versão sobre o ocorrido. Essa atitude obriga que o mediador intervenha para relembrar as partes da regra básica de “não interromper”, mencionada na sessão de abertura (BRASIL, 2016).

Uma segunda ferramenta útil é a utilização de uma linguagem positiva. Na mediação, o mediador é orientado a evitar palavras como difícil, problema, conflito, delito etc. que possam fortalecer as posições das partes e impedir que foquem na solução da questão.

Ao contrário, o mediador é aconselhado a usar no discurso tópicos “bom pagador”, “bom negociante”, “pessoa responsável” e “amizade de longa data”, entre outros. Esses argumentos funcionam como motivações morais que visam despertar nas partes a vontade de cooperar, de dialogar, de solidarizar-se com o outro e, por fim, encontrar uma solução para o problema.

Tanto no treinamento como durante a observação das sessões, essa forma de conduzir a discussão apareceu de forma explícita. No caso “Rolo, rolo e mais rolo”,

por exemplo, o mediador tentou aproximar as partes a partir de categorias como “amigo de igreja” e “pessoa correta”.

No caso “Tomando as dores”, o mediador tentou uma aproximação a partir de argumentos como “boa convivência familiar” e “proteção da família”. E, no caso do “Buzina tira juízo”, apareceram tópicos como “boa vizinha”, “mulher batalhadora”, entre outros.

Em ambos os casos, o mediador apelou para o senso comum e elementos de identificação possivelmente compartilhados pelos atores para persuadi-los a dialogar e buscar o entendimento.

No caso “Vai, bonitão. Tô filmando”, em particular, os tópicos “mulher trabalhadora” e “mãe de família” ganharam força durante o debate e permitiram uma identificação entre Joana e Dolores.

De outra forma, tanto quanto possível, o mediador procura se colocar distante do problema e comunicar o problema de maneira a identificar pontos de contato ou semelhanças entre os participantes. Trata-se de uma difícil tarefa do mediador, que depende de um grande esforço de neutralização simbólica do comportamento divergente ou contrário à norma penal. Isso porque o facilitador precisa se afastar dos julgamentos morais ao analisar o fato e avaliá-lo sem censura. A responsabilidade pelo comportamento ofensivo, nesse caso, deve ser objetivada e isolada, sem diluir-se no contexto explicativo e discursivo, a fim de permitir um enfoque positivo do conflito (LUHMANN, 1983).

Esse tipo de neutralização, porém, precisa sempre ser feita com cuidado. Em que pese o facilitador deva se afastar ele próprio dos julgamentos morais, o conteúdo moral do direito penal, que prevê obrigações recíprocas e pretensamente universais endereçadas a todas as pessoas morais (por exemplo, as obrigações de não roubar ou de não lesionar), não pode ser afastado da discussão ou argumentação.

Como um universo moral pré-estruturado simbolicamente, o direito penal pode e deve ser ressignificado em termos linguísticos no campo argumentativo da mediação, como forma de eliminar, tanto quanto possível, seu caráter estigmatizante e polarizador (BRAITHWAITE, 2003; HARRIS et al., 2015). Porém, o conteúdo moral da ofensa precisa ser invocado na discussão do conflito sob pena de enfraquecer ou inviabilizar a resolução plena e duradoura da disputa.

Quando a discussão leva em conta apenas os aspectos éticos que viabilizam a composição de interesses, os participantes podem perceber a falta de disposição

institucional em promover a responsabilização e reparação de direitos como um gesto de insulto ou de desconsideração (CARDOSO DE OLIVEIRA, 2010). Um resultado possível é a percepção por parte dos atores de não estarem sendo tratados de maneira justa, uma vez que dimensões importantes do conflito estão sendo deixadas de lado em favor de uma discussão sobre interesses, que normalmente aparecem na forma de reparações de caráter monetário.

Além disso, o esforço para tornar implícito um fato real (a violência) pode sujeitar o ofendido a um novo tipo de violência simbólica. Ao se forçar a aceitação de acordos (trocas) sob a intenção de se reforçar a comunhão e a solidariedade entre pessoas desiguais, pode-se reforçar as relações de dominação. Por isso, o mediador precisa ter cuidado para não cair na armadilha de um tipo “tabu de explicitação” (BOURDIEU, 2014, p. 162) e encobrir a violência do conflito como forma de obter um acordo. Conhecimento e informação, assim como o reconhecimento do outro como digno de respeito e consideração, são elementos-chaves para acordos justos.

Limitar excessivamente a forma e o conteúdo das narrativas, ou como as partes formulam suas pretensões, por meio da tradução do conflito em termos positivos, podem representar uma espécie de filtragem descabida e contraproducente, como vimos em alguns casos. Novamente, essa restrição consiste em um ponto negativo das práticas restaurativas do ponto de vista procedimental.

3.8 UM POUCO DE DISCRICIONARIEDADE NA JUSTIÇA

A justiça é tradicionalmente concebida como um princípio que objetiva manter ou reestabelecer o equilíbrio ou a proporção: tratar os casos semelhantes da mesma maneira, ou, ainda, tratar os casos diferentes de diferentes formas (HART, 2009; BUCHANAN; MATHIEU, 1986). Contudo, a conexão entre direito e moral, ou entre um dever-ser real e um dever-ser ideal não faz muito sentido se não se reconhece em quem decide o conflito um quê de discricionariedade e, por conseguinte, de particularidade, entendida aqui como o poder de selecionar o melhor sentido de justiça contido na lei para o problema a ser solucionado.

Todavia, esse modo de entender o direito no plano dos processos decisórios tradicionais, centrados na pessoa de um juiz ou tribunal, é sempre problemático. Distorções na comunicação e na argumentação e problemas de legitimidade e equidade suscitam reflexões frequentes sobre a capacidade do terceiro de aplicar

adequadamente o direito ao caso concreto. Há que se considerar que um determinado direito pode ser bom certas vezes, em certos lugares ou situações, mas se mostrar um mau direito se tomado seriamente para ser aplicado em outras (KLOCKARS, 1985), principalmente nos chamados casos difíceis (MACCORMICK, 2008)²⁷⁹.

No plano da mediação, todavia, a discricionariedade e a particularidade das decisões caem bem. Isso porque as decisões são construídas entre pessoas interessadas, entre partes, e não por um sujeito imparcial. Essa forma de administrar conflitos que obriga os próprios interessados a discutirem e produzirem uma solução é que permite que as características contextuais ou singulares de cada situação recebam um tratamento particularizado, capaz de selecionar os conteúdos ou sentidos de justiça situacionalmente adequados, imparciais e morais para o problema em discussão (GUNTHER, 2004). Não em termos de uma aplicação hierarquizada e desigual da lei (KANT DE LIMA, 1995b; 2008; 2010) ou a adoção de privilégios em um mundo cívico mal conformado, em que as decisões das autoridades aparecem como arbitrárias para os cidadãos (CARDOSO DE OLIVEIRA, 2013a), mas de modo a cumprir seus objetivos programáticos e pragmáticos de justiça²⁸⁰.

A circunstancialidade ou a situação contextual específica invoca, não raras vezes, a aplicação ajustada do direito às situações para as quais ele se mostra útil e adequado²⁸¹, a partir de considerações de justiça que possam sugerir interpretações ou desenvolvimento de sentidos atualizados (MACCORMICK, 2008), tanto do ponto de vista de quem aplica como de quem se beneficia com o tratamento não uniforme. Ou mais: de uma forma consentida e anunciada publicamente de discricionariedade, dotada de visibilidade, que possibilite o controle e revisão das ações ao ponto de permitir se recusar o sentido mais óbvio da lei e de viabilizar uma articulação ou

²⁷⁹ Diz o ditado antigo que “casos difíceis produzem um mau Direito” (MACCORMICK, 2008, p. 65).

²⁸⁰ Em outros termos, não me refiro aqui às concepções manifestamente contraditórias de isonomia jurídica e tratamento diferenciado e a situações de discricionariedade fática que conduzem a aplicações seletivas da lei que são responsáveis por um significativo déficit de cidadania (BARBOSA, 2014). Práticas essas viabilizadas por certa desarticulação não consentida ou admitida entre a esfera pública (normas e princípios deliberativamente aprovados) e espaço público (de interpretação e aplicação), que faz com que o cidadão a todo o momento possa ser surpreendido com interpretação inusitada (discricionária) por parte da autoridade responsável (CARDOSO DE OLIVEIRA, 1996; 2002; 2010b; 2011; 2013a).

²⁸¹ Cardoso de Oliveira (2013a) ressalta que mesmo mundos cívicos bem conformados, o tratamento uniforme não garante o respeito a direitos e à cidadania.

reconciliação entre a dimensão real ou positiva do direito e a dimensão ideal ou moral²⁸².

Por meio de condições de autonomia e em igualdade, os participantes são incentivados a discutir de modo franco as questões e interesses que envolvem a relação e negociar o melhor sentido para lei. Nesse sentido, a discricionariedade, — enquanto forma de equidade — funciona como um possível instrumento de reconciliação entre o direito e a moral em espaços discursivos que apelam para uma racionalidade prática entre as partes²⁸³.

Esse tipo de interlocução prática leve em conta mais ou menos uma forma de vida comunitária compartilhada, que valoriza a paz e a segurança, e que apoia a resolução dos conflitos na avaliação contextual que envolve questões de motivação, questões de fato, questões valorativas e questões normativas (ALEXY, 2013).

Mesmo em situações em que há uma consideração prudente de normas, princípios de razão prática tomam lugar. Isso nos sugere que todos os aspectos relevantes do caso precisam ser considerados e os meios devem ser proporcionais aos fins pretendidos. Com isso, o espaço discursivo da mediação permite que sejam acionados argumentos práticos em detrimento de argumento de autoridade legal, ou seja, argumentos morais relacionados à justiça e direitos, assim como argumentos éticos relacionados ao reconhecimento recíproco da identidade ou dignidade individual e, ainda, pragmáticos que expressem uma racionalidade meio-fim (HABERMAS, 2012; ALEXY, 2013)²⁸⁴.

Aparentemente, no caso do procedimento da mediação, a discricionariedade e singularidade das decisões sugerem que se repudiem pretensões universalistas, no sentido de que as decisões devem servir de suporte ou orientação para decisões futuras ou mostrar consistência com a jurisprudência (MAcCORMICK, 2008), em favor de uma contextual faculdade de discernimento e julgamento sobre os problemas concretos (HABERMAS, 1992).

²⁸² Reconheço a importância da dimensão real ou positiva do direito, que postula autoridade e obediência, definida pela legalidade autoritativa e a eficácia social que busca evitar a anarquia e assegurar a convivência, estabilidade e cooperação social (ALEXY, 2014).

²⁸³ A institucionalização da razão prática, consistente no processo de criar critérios e formas de correção prática do direito entre a facticidade e a idealidade, demanda um procedimento moralmente adequado.

²⁸⁴ O conceito de discurso prático postula a inclusão de todos os interesses que podem ser afetados (HABERMAS, 1992) e busca romper com as formas de exclusão discursiva que impossibilitam os participantes tenham a oportunidade de reivindicar direitos e expressar sentimentos (CARDOSO DE OLIVEIRA, 2011).

Isso é verdadeiro em parte. Por ora, é preciso entender que o sentido moral da lei prevê, implicitamente, que ela não seja injusta, por isso, mais que assegurar o valor moral da autoridade da lei, é preciso se atentar para a necessidade excepcionar ou ajustar a interpretação no sentido de permitir distribuições e compensações que melhor se adéquem ao contexto concreto da relação (ALEXY, 2014). Antes da obrigação moral de obedecer às leis, haveria uma escusa moral forte de não aceitar regras particulares injustas (HART, 2009). Isso não significa retirar o *status* jurídico da regra ou declará-la inválida para todos os efeitos, mas de ajustar o direito às necessidades particulares do caso ou se promover uma correção prática do direito a fim de torná-lo um direito correto.

Dito de outro modo, se é verdade que o direito se vincula a um tipo de universalidade rígida porque precisa ser aplicado a todos, a moralidade, por sua vez, vincula-se a uma “sensibilidade aguçada” dirigida às circunstâncias ou ao contexto mais imediato. Com isso, o ato moral se apresenta com a flexibilidade necessária para todas as complexidades existentes no manejo dos conflitos reais (SCHWEGEIRT, 2002, p. 4).

A força da autoridade do procedimento restaurativo é mais moral do que legal, na medida em que a participação é voluntária e as soluções são não coercitivas. Nesse sentido, o que faz as práticas restaurativas tão poderosas e potencialmente aptas a englobar múltiplas dimensões de justiça como equidade é justamente a incorporação institucional desse fundamento moral, manejado a partir de soluções ao menos relativamente discricionárias.

De outra sorte, a moralidade invoca pretensões na consciência das pessoas para depois transportá-las para ação de acordo com as escolhas individuais de cada um (SCHWEGEIRT, 2002). O acionamento da pretensão de correção moral, porém, está diretamente ligado, consoante ressaltado em outro lugar, não apenas à distribuição equitativa de bens e interesses, mas também às condições de discurso (dimensão procedimental da justiça) (THIBAUT; WALKER, 1974; 1975; LEVENTHAL, 1977; LIND; TYLER, 1988; TYLER, 2003; 2010) e ao reestabelecimento do equilíbrio moral na relação, por meio da qualidade/equidade do tratamento interpessoal (justiça interacional) (CROPANZANO et al., 2007; CROPANZANO; FOLGER, 1998; DAI; XIE, 2016; BIES; MOAG, 1986; BIES, 2018; COLQUITT, 2012).

Espaços discursivos que possibilitam o acionamento de questões morais, entretanto, rompem com a ideia da necessidade de um procedimento que assegure

sempre uma única resposta correta (DWORKIN, 2010). Voltaremos a essa discussão mais à frente.

3.9 DA TRADUÇÃO DO CONFLITO NA MEDIAÇÃO

A não verbalização de regras penais tem como apelo principal a possibilidade de se desenvolver uma cultura jurídica de viés não punitivo. Aliás, a própria suposição cotidiana de que o direito penal pressupõe um imperativo punitivo é substituída em benefício de consequências negociadas (SANTOS, 1988; ZEHR, 2008; UMBREIT, 1998).

Outro ponto que precisa ser levado em consideração é que classificar um fato juridicamente também constitui um processo de decisão e não um puro ato de cognição. Classificar também é decidir (MACCORMICK, 2008), com todos os efeitos estigmatizadores que a imputação penal carrega consigo (BARATTA, 1999; BACILA, 2008; MISSE, 2008).

O reducionismo das soluções jurídicas, que atua a partir da fórmula lícito/ilícito, dá lugar a uma complexa inter-relação de diferentes dimensões conflitivas (questões, interesses e sentimentos) – para utilizar categorias nativas da própria mediação – a serem articuladas em um espaço de discussão e persuasão adequado que contabilize, de forma pormenorizada, as diferentes pretensões dos participantes.

Com isso, a classificação provisória dos fatos é ignorada pelo mediador que se utiliza, para dar conta de facilitar a compreensão mais profunda, ampla e exata do problema, de uma linguagem penalmente neutra. Não entram em cena palavras como vítima, agressor, culpado, inocente, pena e crime, entre outras. A lei penal permanece no horizonte não muito distante apenas como recurso a ser empregado caso a conciliação fracasse.

Em lugar disso, o mediador, após as explicações causais (o que e como o fato aconteceu) e motivacionais (as razões do porquê as coisas acontecerem das partes, mesmo que o que aconteceu não tenha sido o de fato querido ou planejado) apresentadas de forma conjunta ou separada, resume e esquematiza os fatos, as pretensões das partes e os sentimentos envolvidos com objetivo de promover a compreensão. Em seguida, como forma de gerenciar as emoções e motivar a cooperação, aciona categorias de entendimento como: “problemas de comunicação”;

“sujeito trabalhador”, “bom marido e/ou bom pai”, “bom vizinho”, “pessoa de bem” e “boa convivência” como forma de demover as partes de suas posições antagônicas.

Ocorre que uma característica central do procedimento consiste na participação de um intermediário (mediador) que facilite a comunicação. Contudo, mais que facilitar a comunicação, o mediador também funciona como um filtro ou intermediário da interlocução. O mediador não argumenta pelas partes, mas transmite os argumentos de forma que melhor possa ser recebido e assimilado. Ele frequentemente traduz em linguagem positiva ou construtiva as expressões de sentimentos e vontades dos participantes.

Assim, embora a mediação possibilite se discutir o passado e trazer à tona os níveis os problemas mais profundos da relação, todo o discurso busca recontextualizar o problema de forma prospectiva, ainda que sem inteiramente ignorar as consequências do crime e dar sentido à necessidade de reparação

Além disso, para além de uma linguagem penalmente neutra, o mediador também é orientado a empregar uma linguagem positiva. Nesse sentido, o mediador deve evitar palavras como disputa, conflito, difícil, jargões, palavras chulas, entre outras, já que o tom da mediação é algo que merece cuidado e atenção. A linguagem é percebida como algo fundamental para gerar confiança e abertura para o diálogo.

Essa filtragem institucional, ainda que reduzida, é vista como útil e necessária e, por vezes, ela de fato funciona. Ela permite recontextualizar o conflito em termos palatáveis para as partes, sem potencializar a eclosão de novos ressentimentos e agressões (DEUTSCH, 1973; LERNER, 2003; COLQUITT, 2012). O mediador assume o papel de orador e empresta à fala dos participantes credibilidade e confiança.

Esse papel assumido pelo mediador é atribuído em face de um princípio procedimental que orienta a mediação, que é a imparcialidade. Por meio da ideia de ator imparcial, o mediador ganha a atenção dos participantes e busca reprogramar a linguagem e recontextualizar os fatos de forma mais “neutra”²⁸⁵ possível, ajustando as questões, interesses e sentimentos à sensibilidade do auditório. A cerimônia ou ritual da mediação busca expressar os pontos de vistas morais impessoalmente (GRISWOLD, 2007).

²⁸⁵ A neutralidade é uma categoria nativa da mediação. Constitui um princípio das práticas de mediação.

O mediador não irá fazer uma conexão entre os fatos e o direito, como faz o juiz. Contudo, ele pode ajudar as partes a conectarem seus interesses e sentimentos e formularem pretensões em torno do conflito, sem a necessidade de ele (mediador) expressar suas próprias razões e preferências ou tomar qualquer decisão.

Nesse sentido, o mediador incentiva um discurso que invoca não argumentos que pretensamente se enquadrariam como o real ou provado (fatos, presunções), mas o que é preferível do ponto de vista do entendimento discursivo, como os valores, as hierarquias e os lugares-comuns²⁸⁶. Assim, o mediador aciona aquilo que é mais importante no que diz respeito à relação (como o grau de proximidade ou intensidade), como a boa comunicação, o respeito mútuo, a boa convivência entre cônjuges ou vizinhos entre outros, a fim de possibilitar o entendimento e o acordo.

Porém, como mencionado antes, esse tipo de discurso que pretende suscitar um tipo de ação ou criar a disposição para tanto depende do reconhecimento dos valores envolvidos e da dignidade do interlocutor (PERELMAN, 1997). O desfecho satisfatório da mediação, ou seja, aquele em que as partes resolvem firmar um acordo que põe termo ao conflito depende de como as partes compreendem e aceitam a forma de apresentação do acontecido, assumem as consequências e se dispõem a se responsabilizarem perante o outro.

A persuasão, como forma de demover as partes de suas posições antagônicas, viria diretamente da articulação entre a necessidade de um agir ético por meio do acionamento de categorias relacionais como o “bom marido e/ou bom pai”, o “bom vizinho”, a “pessoa de bem”, a necessidade de “boa convivência” – que buscaria resolver com ou sem referência à hipótese normativa o problema de como eu consigo realizar uma vida boa aqui e agora (GUNTHER, 2004) – e um agir moral fundamentado nas ideias de responsabilização e reparação.

Esse modo de argumentar tópico-retórico possibilita, a meu ver, a formulação de um novo campo argumentativo livre de verdades necessárias e com fins pragmáticos; um campo que permite a construção de verdades práticas a partir da

²⁸⁶ Lugares-comuns, no sentido de manifestações de acordo de uma comunidade sobre determinado sentido de justiça ou modo de vida.

correção prática de enunciados e regras jurídicas aceitos (norma penal)²⁸⁷ por meio do diálogo e do convencimento (GARCÍA AMADO, 2018)²⁸⁸.

A construção de soluções em torno do problema por meio do acionamento de padrões ou categorias argumentativas se enquadra com precisão no modelo discursivo da mediação. Como já se ressaltou anteriormente, o discurso prático da mediação não está sujeito às mesmas restrições do discurso jurídico, baseado no direito válido (lei, dogmática e jurisprudência), mas está aberto a considerações de caráter moral, ético e pragmático. Com isso, em vez de se perguntar “Qual a solução mais racional dentro do sistema jurídico?”, abre-se a possibilidade para se perguntar simplesmente “Qual a solução mais racional (razoável) para o caso?”.

Qual a interpretação correta do caso na situação não é aclarada na teoria do discurso que orienta o procedimento ou tampouco deriva dedutivamente do conteúdo da norma penal. Ela é respondida no discurso mesmo (ALEXY, 2013)²⁸⁹, no campo situacional-institucional. Daí a importância de como se processa a comunicação e como as partes, com o auxílio do mediador, dão sentido linguístico e moral ao conflito na situação do discurso.

A mediação revela uma dimensão pragmática da comunicação, experimentada no contexto situacional do discurso, que objetiva solucionar o problema concreto relacionado ao conflito por meio de diretrizes de reciprocidade e do emprego de fórmulas que possibilitam um “jogo criativo controlável” de reconstrução normativa (ROESLER, 2013, p. 100) que, se não for suficiente para gerar perdão completo ou arrependimento sincero, pelo menos pode suscitar boa vontade, renúncia, compaixão, simpatia ou benevolência (VAN STOKKOM, 2008; DALY, 2006; EXLINE et al., 2012; GRISWOLD, 2007).

No espaço de debate da mediação, as partes tentam convencer umas às outras de que foi uma atitude anterior que causou um dano por meio da linguagem. Linguagem essa que funciona como um instrumento descritivo da relação e como

²⁸⁷ As premissas jurídicas ainda funcionam como critério de correção material do raciocínio (GARCÍA AMADO, 2018).

²⁸⁸ A despeito da crítica em relação às deficiências da tópica no manejo das regras jurídicas, sobretudo no que diz respeito ao acionamento da dogmática institucionalmente elaborada e da valoração da jurisprudência (ALEXY, 2013), essa crítica não se estende ao âmbito de argumentação prática da mediação.

²⁸⁹ Alexy (2013, p. 136) defende, porém que “uma teoria do discurso prático tem que indicar regras e fórmulas segundo os quais possa ser comprovada a correção de interpretações de necessidades e, portanto, a correção das regras morais que servem de base”. Em igual sentido, ver Habermas (2010).

fórmula, acionada por meio de esquemas ou premissas explicativos/interpretativos que contextualizam o problema, fornecem argumentos possíveis e auxiliam a *invenção* de eventual solução (GARCÍA AMADO, 2018). É por meio da linguagem que quem ofendeu terá a oportunidade de dar provas sinceras de que o malfeito não é constitutivo de sua pessoa (VAN STOKKOM, 2008).

Uma análise do sistema de administração de conflitos da mediação restaurativa permite identificar uma combinação ou interpenetração estrutural entre oralidade e escrita. De um lado, a escrita domina a fase que precede o debate. O fato é registrado, classificado e processado pelas polícias judiciárias e encaminhadas aos órgãos judiciários. De outro, a oralidade domina a fase de discussão e debate. As partes precisam falar para que o procedimento funcione.

A oralidade é entendida como forma de minimização da burocracia, de emprestar celeridade ao procedimento e de aproximar as partes do julgador, bem como serve como instrumento para produção de uma verdade consensual. Na prática judicial, porém, ela é deixada de lado em favor da forma escrita por ser considerada pouco útil ou considerada apenas como um recurso que permite ao juiz não apenas ouvir as partes e testemunhas, mas senti-las como forma de abduzir a verdade e formar seu convencimento (BAPTISTA, 2008).

Em um processo de verdades, em que há uma valorização explícita do conhecimento detido de forma particular e não universalmente disponível na sociedade (KANT DE LIMA, 2005b; 2008; 2010), a oralidade é deturpada em favor de quem conduz a instrução: juiz. O processo se satisfaz com um relato linear, na medida em que todos os fatos expostos oralmente na audiência foram previamente consignados nos autos do processo que é, na maioria dos casos, mais completo e preciso do que a exposição feita na sessão de audiência. Contudo, essa falta da reconstituição oral dos fatos demonstra uma preocupação menor com os fatos e permite que elementos importantes para discussão permaneçam nas sombras, livre do escrutínio de todos (GARAPON, 1997)²⁹⁰.

Assim, a argumentação que busca o consenso dá lugar ao embate escolástico de teses opostas, em que apenas uma deve ganhar, por deter mais conhecimento sobre os fatos: quem pergunta sempre sabe mais do que quem responde, e é desse

²⁹⁰ Garapon (1997) ressalta que nos sistemas jurídicos do Common Law, há uma maior preocupação com os fatos e o famoso instituto da *cross examination* não deixa nenhum elemento à sombra. Com isso, a reconstituição oral dos fatos é muito importante.

saber que advém a autoridade do seu discurso. Vale o argumento de autoridade, em prejuízo da autoridade dos argumentos (KANT DE LIMA, 1995)²⁹¹.

O princípio da oralidade, no sentido dos manuais, não impede o diálogo e dificulta o entendimento entre as partes para solução do conflito pela simples razão de que as partes não dialogam entre si no processo judicial, mas apenas com o juiz. Ele é que precisa ser convencido e, portanto, a argumentação é dirigida sempre ao magistrado (BAPTISTA, 2008).

Baptista captou com precisão como a oralidade é vista pelos próprios magistrados como um entrave no processo tradicional, quando percebida como mecanismo de comunicação entre as partes e não de convencimento do juiz:

Essa questão da parte ter acesso direto ao juiz é lógico que é muito importante, mas ela não é a solução de todos os problemas não. Às vezes a parte vem aqui e não está preocupada em convencer o julgador, ela quer aproveitar a oportunidade para convencer a outra parte de que ela que está certa e isso não interessa. Ela tem que convencer o julgador, não a parte contrária. Então, você tem que intervir e mostrar a elas vocês estão perdendo muito tempo porque o convencimento é do julgador e não da parte, então, não adianta bater boca. A audiência para elas é uma catarse. As partes esquecem que não têm que resolver o problema entre elas. Elas acham que tem que falar entre elas o que querem; como estão com os seus advogados, sentem a liberdade para falar o que desejam, quando na verdade a finalidade do processo não é essa; é a pacificação social através da concretização do Direito e isso aí é um problema sociológico, não sei, de assistência social, enfim. Mas as partes aproveitam o encontro no Tribunal para fazer isso, discutir (2008, p. 141).

Nesse sentido, é de se compreender que a oralidade não caiba no processo judicial tradicional. A justiça como verdade impõe que o juiz decida sempre com base no maior número de informações confiáveis possíveis e reproduza seu livre convencimento de forma motivada, a fim de possibilitar que as partes insatisfeitas recorram (LUHMANN, 1980; TARRUFO, 2011; GASCON ABELLÁN, 2010). Porém, é muito mais fácil e seguro decidir no conforto de um gabinete, sozinho com sua própria consciência, que sentado em uma mesa frente a frente com as partes e seus advogados. Sob esse ponto de vista, a oralidade mais atrapalha que ajuda.

Do ponto de vista da mediação, a oralidade perde a função de garantia institucional do processo que possibilita o diálogo entre as partes e o julgador ou que impõe um dever de escuta por partes dos atores institucionais (juízes e serventuários)

²⁹¹ O modelo inquisitorial que orienta no processo impõe a desconfiança como regra. Como a verdade está acima das partes e precisa ser descoberta pelo juiz, as narrativas das partes e testemunhas são frequentemente desqualificadas (BAPTISTA, 2008).

(FERRAJOLI, 2002; GUSMAN, 2011) e assume o papel de facilitadora da comunicação e do entendimento.

Isso porque, diferentemente do processo tradicional em que o juiz deve interpretar e aplicar o direito a partir do cotejamento dos fatos apresentados por meio de uma decisão fundamentada, coerente fática e juridicamente, as partes no processo de mediação somente precisam conversar e se entender sobre as questões e interesses, acionando ou não os sentimentos envolvidos. As partes não precisam acionar categorias jurídicas, ponderar princípios, promover subsunções ou justificar preferências por uma determinada hipótese ou teoria. Também não estão, em regra, sujeitas a filtros valorativos como presunções, relevância da informação, limites temporais (prazos), garantias, privilégios etc. a que está sujeito o processo penal tradicional (FERRER BELTRÁN, 2007; LAUDAN, 2011; GASCON ABELLÁN, 2010; BARBOSA, 2018).

Além do mais, não se cobra das partes uma atitude impessoal e desprovida de emoções, como quando os advogados falam por elas. Ao contrário, a expressão de sentimentos e a exposição de pontos de vistas e sua respectiva consideração institucional são aspectos indispensáveis para compreensão e o entendimento, bem como para a percepção da justiça do procedimento (LIND; TYLER, 1988). O acordo firmado na mediação, ao contrário da sentença judicial, não precisa fundamentar os motivos da decisão, mas apenas prever o resultado ou as consequências da negociação²⁹².

Se, por um lado, essa redistribuição das estruturas jurídicas (oral e escrita) conforme a relevância institucional, aparentemente injustificada, pode representar uma tentativa de integração social e legitimação do poder político pela ampliação do acesso das pessoas ao judiciário em situações anteriormente negligenciadas com frequência (AZEVEDO, 2001; BARBOSA, 2014), por outro, a meu ver, revela a relutância da burocracia jurídico-judiciária em ampliar a participação popular na justiça.

A recessão da estrutura escrita, focada na dimensão burocrática e coercitiva, tem lugar na incapacidade estrutural do sistema jurídico tradicional em dar conta do volume de conflitos que precisa administrar de forma justa e eficiente e, por

²⁹² Isso não quer dizer, como já mencionado, que não se exija a compreensão do dano ou do insulto e da ideia de obrigação/responsabilidade que importa em reparação.

consequente, na crise de legitimidade que orbita em torno do sistema penal. Contudo, a recessão estrutural é sempre contraditória (SANTOS, 1988).

Como reação, a dominação jurídico-política sempre busca novas articulações, de preferência que não representem rupturas com as práticas tradicionais fortemente difundidas, mas que consistam em arranjos institucionais que reparem a legitimidade do sistema colocada em dúvida (ANDRADE, 2003; ZAFFARONI, 2001; BARATTA, 2006; GARLAND, 2008).

Nesse sentido, a *reorientação* da prática jurídica no âmbito do Poder Judiciário, no que diz respeito aos ilícitos de menor potencial ofensivo, que importa em uma relativa desprofissionalização e informalização do trabalho jurídico, por meio da flexibilização do direito e da inclusão de uma dimensão retórica-participativa-igualitária, tem lugar em termos de uma subordinação estrutural, em que a oralidade é consentida na periferia da dominação político-jurídica, ou seja, apenas nos casos de menor importância (SANTOS, 1988)²⁹³.

Ademais, é preciso ainda levar em conta a necessidade de uma decisão que homologa o acordo firmado pelas partes pelo juiz, que deixa claro às partes envolvidas as responsabilidades e compromissos assumidos. Referido acordo encerra um conteúdo burocrático e coercitivo, ao se sujeitá-lo a uma decisão judicial que lhe atribui uma fonte autônoma de segurança e executoriedade. Assim, em princípio, na medida em que a decisão que homologa autocomposição judicial constitui um título executivo judicial, nos termos da lei, qualquer das partes poderia acionar o Judiciário, a fim de que a parte relutante cumpra o compromisso firmado.

O caráter executório e, portanto, coercitivo do acordo, todavia, mostra-se particularmente inócuo ou pouco eficaz em situações que os compromissos firmados não especificam algum tipo de recomposição financeira ou indenização. A exigibilidade do acordo reivindica a existência de obrigação líquida e certa, mensurável em termos monetários ou individualizável em se tratando de um objeto (ex.: a ex-mulher quer que o ex-marido devolva um quadro). Nem sempre os acordos firmados dizem respeito a questões monetizáveis, por exemplo, um pedido de desculpas ou promessa de não agressão, como as verificadas em situações de ofensa moral (injúria, calúnia, p.ex.) ou ameaça.

²⁹³ Quando a oralidade é consentida em situações de maior gravidade, como nas situações de Mediação Víctima-Ofensor (MVO), realizadas em algumas situações identificadas e selecionadas como adequadas à tentativa de reparação, ela assume uma função apenas complementar a estrutura jurídica tradicional de aplicação da lei penal.

No caso que denominei de “Vai, bonitão, eu tô filmando” ou no “Buzina tira juízo”, os acordos não tiveram qualquer consequência financeira, em que pese no primeiro caso a vítima tivesse sofrido um prejuízo material (vidro quebrado do carro).

O acordo ainda tem diminuída sua força coercitiva na medida em que o Ministério Público não pode oferecer denúncia caso o agressor não cumpra o prometido. A falta do cumprimento do acordo homologado apenas permite a execução dos termos pactuados em sede judicial, mas não o prosseguimento da ação por parte da autoridade acusatória²⁹⁴.

A articulação estrutural entre estruturas orais (com participação das partes) e escritas (dominada por especialistas), do ponto de vista teórico, nunca é horizontal, ou seja, nunca ocorre entre estruturas equivalentes no seio sociopolítico (SANTOS, 1988). Ao contrário, sempre tem lugar entre estruturas dominantes e dominadas. Essa percepção da articulação vertical de estruturas, cujo funcionamento pode ser concomitante, como ocorre, por exemplo, no âmbito dos Juizados Especiais Criminais, demanda uma análise a partir de uma perspectiva histórica de longa duração, que permita detectar as confluências entre os diferentes tipos de estruturas no sistema de administração de conflitos brasileiro.

A mediação como forma alternativa de administração de conflitos propõe uma tentativa de reorientação da prática e do discurso jurídico, contudo, subordinada à lógica e à economia estruturais da escrita jurídica, essencialmente dominante nos meios oficiais de justiça. Essa combinação estrutural entre a forma escrita e oral pode ser vista pelo fato de que os fatos são inicialmente reduzidos a termo na polícia e posteriormente enviados para os JECRIMs para tratamento e encaminhamento à tentativa de mediação.

Nesse sentido, na primeira fase da comunicação do fato, prevalecem as dimensões burocrática e coercitiva, na medida em que os fatos registrados (reduzidos a escrito) são classificados como ilícitos criminais e são obrigatoriamente encaminhados a uma solução institucional compulsória. É apenas durante a sessão de mediação que a oralidade ganha espaço e as partes são convidadas a expor seus problemas e a discuti-los abertamente em igualdade de condições.

É importante ter em vista que o conflito é registrado pela polícia como um ilícito criminal. Na classificação do fato, a polícia invoca as categorias penais vigentes e

²⁹⁴ Esse é o entendimento consolidado na jurisprudência.

enquadra o conflito como um delito. No corpo do boletim de ocorrência, há um comunicante, que pode ser a própria vítima ou um terceiro (policial ou simplesmente alguém incomodado com a violação da lei) e um agressor/ofensor/autor. Não é incomum que os envolvidos no conflito sejam, ao mesmo tempo, identificados como agressores e vítimas em situações de ofensas recíprocas (BARBOSA, 2014). Essa categorização do evento como ilícito penal e a construção de uma identidade como vítima ou agressor precisará ser desconstruída durante a sessão de mediação. Não antes ou depois da sessão, mas durante o processo conciliatório.

Esse processo de desconstrução, porém, não é simples. Ser reconhecido como vítima em muitas situações é algo indispensável para uma das partes (ANDRADE, 1980; BARBOSA, 2014). É o ponto de partida para uma abertura discursiva que possibilita a construção do entendimento em torno de resultados restaurativos, na medida em que resgata a dimensão normativa do evento, ou seja, o que é certo se fazer em determinada situação e as obrigações correlacionadas aos direitos lesionados. Contudo, essa é uma condição que a mediação tem dificuldade em lidar.

Por outro lado, ser rotulado como responsável ou causador de uma ofensa também não é algo que é facilmente admitido. As partes são frequentemente capazes de admitir que há um problema, que houve um conflito, mas negam a autoria da ofensa. O processo de neutralização da responsabilidade é comum nas delegacias de polícia e não é incomum no início das sessões de mediação (DALY, 2000; 2006; VAN STOKKOM, 2002)²⁹⁵. Por isso, o processo de responsabilização demanda mais esforço.

Reconhecer alguém como vítima significa pré-julgar o conflito e indicar que a razão está com ela. Desse modo, a imparcialidade do mediador é prontamente colocada em xeque. E a imparcialidade do mediador é vista como uma condição para ele que ele goze de algum tipo de autoridade moral (legitimidade) para conduzir o processo. Por isso, a forma como é conduzido o processo de discussão condiciona o

²⁹⁵ O autor de um ato de agressão aciona mecanismos internos de defesa contra a culpa. É o que na criminologia se convencionou chamar de *técnicas de neutralização*. O autor de um ato ilícito incorpora técnicas de neutralização da sua violação das regras de forma justificar sua ação ilegítima para si mesmo e para outros. São exemplos de técnicas utilizadas para racionalização da ação ilícita: (1) negação da responsabilidade (“não tive opção”); (2) negação do dano (“com o dinheiro que têm nem notarão”); (3) desqualificação dos atores do sistema penal ou condenação de quem condena (“como se os policiais fossem santos”); (4) negação ou desqualificação da vítima (“não estamos causando dano a ninguém”); (5) invocação de lealdades ou motivações superiores (“não podia esquivar de fazer”) (SYKES; MATZA, 2008).

resultado do litígio. Ele é a medida da capacidade das partes de chegarem ao entendimento.

O registro na polícia e os autos do processo não as deixam fugir dessa realidade. Se o problema não é reconhecido imediatamente, o mediador precisa confrontar a parte relutante com o fato de que há um problema real a ser resolvido. O mediador precisa chamá-lo à realidade com cuidado de não fechar as portas para construção de uma solução negociada.

No primeiro caso, a imputação criminal suscita responsabilidade e sanção. E isso ninguém quer. Por isso, para se chegar à (auto) responsabilização do agressor, o mediador precisa promover a dissociação entre conflito e o castigo (pena/sanção). O agressor precisa entender o mal que causou e aceitar a necessidade de reparação.

3.10 COMUNICAÇÃO DEFICIENTE NO DEBATE DA MEDIAÇÃO

O resultado da mediação nunca é de soma-zero, como nos processos judiciais tradicionais, em que há sempre um vencedor e um vencido. Ainda que uma das partes possa de fato ser reconhecida como vítima e outra como agressora e, conseqüentemente, seja fixado algum tipo de *reparação responsabilizadora*, os processos autocompositivos são constituídos a partir de uma lógica de concessões mútuas e de ganhos recíprocos (SANTOS, 1988), ainda que no plano ético ou moral de reconhecimento do outro.

Observa-se, todavia, que a adesão à decisão não é determinada apenas pelo caráter participativo ou pelo potencial de elucidação das verdadeiras causas do conflito. Em algumas situações, mesmo após uma ampla discussão, as partes preferem não promover um acordo. Ou, ainda, mesmo após assinarem um acordo aparentemente satisfatório para ambos, o cumprimento dos compromissos assumidos pode não se concretizar. A consequência natural que se verifica na prática institucional dos processos de administração de conflitos é o ressurgimento do conflito e a necessidade de uma nova intervenção institucional.

Uma explicação do ponto vista institucional é que nem sempre se consegue ir tão a fundo às razões do conflito em uma primeira abordagem. Por isso, quando as partes se reencontram diante de um mediador deve-se retomar a discussão do início. A solução, portanto, não pode estar focada apenas no caso particular documentado

diante do mediador (uma nova agressão ou ofensa verbal, por exemplo), mas em toda relação.

Constitui um erro, a meu ver, adotar-se de saída um modelo de justiça restaurativa apoiado em um procedimento que desconsidera as condições preexistentes de cada um dos participantes. A razoabilidade, no plano das interações concretas e direcionada a solucionar problemas práticos, deriva do racional (GAUTHIER, 1987)²⁹⁶, isto é, para haver adesão ao procedimento e, principalmente, reciprocidade, as partes precisam ter confiança e consciência de que o outro irá atuar corretamente e de forma cooperativa na produção do acordo (BUCHANAN, 1990).

Contudo, não se pode encarar o discurso da mediação como uma teoria pura e simples de fundamentação ou justificação de valores conciliatórios como algo suficiente e necessário para se chegar a um acordo equânime, ou seja, que satisfaça, em igual medida, a ambas as partes, mas de condições de possibilidade sujeitas a erros, à corrupção e ao não alcance de seu objetivo (LUHMANN, 2016). Para que as partes construam uma convicção de que o acordo é correto, adequado ou justo, é fundamental que o acionamento dos valores incida sobre a qualidade da relação que, em si mesma, os transcende (CARDOSO DE OLIVEIRA, 1989; 1995).

Como todo procedimento idealizado, que estabelece um conjunto de regras de discussão e fundamentação, entre elas a comunicação livre de coerção, nos mesmos moldes de teorias discursivas, como as de Habermas (2012) e Alexy (2013), as condições ou regras de argumentação ou comunicação se pretende aplicar apenas por aproximação ou como instrumento de crítica das próprias limitações injustificáveis de direitos e das possibilidades dos interlocutores acionarem deveres morais ou considerações de interesse ou sentimentos.

Como todo procedimento imperfeito, portanto, sujeito a falhas, a mediação não está livre de provocar maus sentimentos, aumentar a incompreensão e a raiva, bem como resultar em mais humilhação e estigmatização se os interesses, necessidades e as emoções não forem devidamente gerenciadas (HARRIS et al., 2015).

É preciso também levar em conta as restrições narrativas, tanto do ponto de vista formal (restrições à maneira como podem contar suas histórias) como

²⁹⁶ Em sentido contrário, de que o razoável não deriva do racional, ver Rawls (2005). Na concepção de Rawls, razoável e racional se complementam, contudo, a escolha de princípios de justiça que sustentem uma concepção de justiça como equidade, dependem de uma situação ideal de escolha, em que os participantes não podem ter pleno conhecimento das condições atuais dos demais (1985).

substancial (temas que podem ser levantados em audiência), que regulam a prática discursiva na mediação, assim como os problemas de comunicação entre os interlocutores. Consoante veremos, a vedação à apresentação de provas (documentos, registros, testemunhas etc.), que compõem a forma como pessoas querem contar suas histórias ou a limitação da invocação de certos temas, pode contribuir para que as partes prefiram promover uma interação verbal com alguém dotado de autoridade, como um juiz.

Atribuir a decisão a um terceiro é sinal de que procedimento não funcionou, o que nos faz perceber que a interação comunicativa possibilitada pela linguagem necessita levar em conta também as “[...] construções sociais contingentes e vivenciadas e à negociação de significados intersubjetivos” (FORESTER, 1994, p. 132).

De outra sorte, Habermas (2012) propõe, em sua teoria da ação comunicativa, quatro requisitos de validade para interação por meio da linguagem entre os interlocutores:

- a) veracidade;
- b) legitimidade;
- c) sinceridade; e
- d) ou inteligibilidade.

A veracidade refere-se à existência de algum estado de eventos ou a algo verdadeiro no mundo objetivo (por exemplo, a ação que desencadeia a morte, a subtração que resulta em desapossamento ou a ofensa que causa prejuízo à honra, o fato de alguém estar na cena do crime etc.). O efeito pragmático da veracidade é moldar as crenças do interlocutor. A legitimidade (justeza ou retidão), por sua vez, está relacionada à conformidade da ação com as normas sociais ou a sua adequação ao contexto em que se insere. O efeito pragmático da legitimidade é obter o consentimento do outro ator. O requisito da sinceridade impõe que locutor queira dizer o que realmente está sendo dito ou que faça conhecer suas intenções verdadeiras ao dizer algo. O requisito da clareza ou inteligibilidade exige que o que for dito tenha um significado claro e coerente de modo a ser compreendido. O efeito pragmático da sinceridade e clareza é o de chamar a atenção e moldar a confiança em relação ao significado do que foi dito (HABERMAS, 2012; FORESTER, 1994; VIZEU, 2009).

A participação em um discurso pressupõe que os interlocutores se articulem e coordenem suas ações, a fim de chegar a um acordo genuíno acerca da veracidade

de uma informação ou da correção de uma norma problemática (FORESTER, 1994). Contudo, a articulação entre os atores envolvidos para o exercício de suas competências discursivas nem sempre funciona de maneira coordenada e controlada, mas quase sempre de modo frouxamente integrado umas às outras (VARGAS; RODRIGUES, 2011). Com isso, não é incomum que regras sejam violadas com frequência, estratégias, decisões e técnicas de eficácia duvidosa sejam aplicadas e que o processo de acompanhamento, controle e responsabilização seja subvertido (MEYER; ROWAN, 1977; HAGAN et al., 1979).

Essa realidade contribui para que haja manipulação da compreensão, da confiança, do consentimento e do conhecimento por meio da desinformação, falsidade, confusão ou falsa segurança (VIZEU, 2009; FORESTER, 1994).

Ocorre que a lógica comunicativa da mediação dificilmente é capaz de possibilitar testes sobre esses critérios de validade da comunicação durante a prática da interação comunicativa. O que se vê é a carência de recursos que possibilite verificar, sobretudo, a veracidade e sinceridade das narrativas em razão limitações substanciais e formais do debate.

A obscuridade dos fatos e os interesses antagônicos em torno do litígio pode submeter a reconstrução dos acontecimentos a imprecisões, erros, variabilidade e manipulações no contexto do processo. As construções interpretativas dos fatos podem, assim, resultar em histórias contadas de diferentes maneiras, todas possivelmente coerentes em termos formais (TARUFFO, 2010). Não há testes de coerência e consistência das narrativas quanto à clareza, completude e concordância com as regras vigentes. Nem é possível se realizar avaliações a partir de provas.

Nem mesmo a incerteza quanto ao resultado do processo de mediação e a existência de um espaço discursivo orientado por princípios de justiça procedimental são (sempre) suficientes como fatores motivadores para a colaboração das partes na produção de verdades compartilhadas²⁹⁷, ou seja, na reconstrução de uma realidade balizada pelas interações entre os envolvidos no contexto situacional de aplicação do direito.

²⁹⁷ A verdade, aqui, tida não como uma verdade evidente, reconhecível necessariamente e por ação unilateral, mas como mecanismo de redução da complexidade, como limitador do universo de hipóteses e possibilidades imprevisíveis a um contexto valorativo de relevância e de agrupamento de sentidos construído intersubjetivamente (LUHMANN, 1980).

Além disso, é preciso ter em conta as distorções e manipulações comunicativas no discurso jurídico. É que, para obter êxito na ação, e com isso dar conta das demandas e interesses particulares em jogo, muitas vezes as partes precisam corromper sistematicamente referidos critérios de validade (HABERMAS, 2012). Sendo assim, mediados pela linguagem e pela interação comunicativa, as distorções podem aparecer no processo de mediação e, com isso, dificultar ou impedir a participação discursiva e subverter as relações cooperativas e recíprocas. Em resumo, pode-se tentar atribuir legitimidade para o ilegítimo; enganar o outro sobre a veracidade dos acontecimentos; mentir sobre suas reais intenções no que diz respeito a se arrepender e assumir responsabilidades; e ocultar a capacidade sobre o que realmente pode fazer (no sentido de reparar o dano).

A manipulação de sentidos pode ser percebida em diferentes contextos na prática interativa ou argumentativa e não poderia ser diferente na mediação. A veracidade é manipulada por meio da mentira e/ou omissão de fatos concretos (eu não fiz isso); a sinceridade por meio do arrependimento estratégico (para se livrar do processo); a retidão ou legitimidade por meio da omissão ou distorção do conteúdo moral dos proferimentos (falta de compromisso moral, remorso); e a inteligibilidade pelo comprometimento da clareza com o objetivo de manipular a compreensão do ouvinte (HABERMAS, 2012; VIZEU; CICMANEC, 2013; STOKKOM, 2008; DALY, 2006).

Além disso, frequentemente a mediação é associada a práticas de negociação privadas²⁹⁸, fundamentadas em ações de cooperação baseadas em interesses. Em um diálogo de negociação, o objetivo das partes é conseguir, por meio da barganha em cima de interesses e bens, da concessão de certas coisas e da insistência de outras, fechar um acordo satisfatório para ambas as partes. A intenção é realizar um bom negócio (FISHER et al., 2014).

A realização de um bom acordo em termos de compensação de danos pode ser sim o alvo de uma mediação, mesmo no campo penal. Isso acontece quando os aspectos financeiros relacionados à ofensa superam ou precedem de solidariedade social. A satisfação, nesse caso, não vem do respeito ou obediência de um código moral em si, que leva as partes levarem em conta a força moral das demandas uns

²⁹⁸ O Manual de Mediação Judicial do CNJ/MJ tem como base as teorias e técnicas de negociação privadas.

dos outros, mas de outra coisa, como se a reparação monetária fosse suficiente e um eventual equilíbrio moral fosse dispensado.

A motivação para o acordo é, assim, mais racional (no sentido de avaliação de custo x benefício e da ponderação da desnecessidade de reconhecimento) que moral, ou é mais racional que razoável (ALEXY, 2009; RAWLS, 2005; BACKER, 2018)²⁹⁹. Não que as decisões racionais não tenham um conteúdo moral. Ao contrário. Em situações em que a voluntariedade na prestação de uma obrigação é fundamental, a força moral das pretensões das partes funciona como restrição (racional) sobre a perspectiva de interesses próprios ou um elemento de correção prática das disjunções e desequilíbrios entre os atores.

Nesse caso, uma avaliação racional, com conteúdo moral, reivindica compromissos de justiça (responsabilização, reparação), mesmo que sem solidariedade. A parte simplesmente pode querer encerrar o conflito porque entende que aquilo lhe é mais útil ou favorável. Isso acontece porque, muitas vezes, não há, por parte do ofendido, a intenção de manter a relação (comercial, afetiva ou amorosa), seja porque não havia uma relação prévia digna de consideração, seja porque aspectos mais gerais de solidariedade não tomam o espaço na discussão.

Contudo, caso o diálogo racional como um veículo de uma boa negociação não seja suficiente para convencer as partes a chegarem a um acordo, o problema que se coloca, porém, é como motivar as partes a fazer o que é correto? Como motivar as partes a agir com correção moral?

O modo como as partes irão estruturar sua participação na situação comunicativa³⁰⁰ depende de seu interesse pelo procedimento e, principalmente, pela resolução do conflito por meio do diálogo e da cooperação. Consoante ressaltado, em muitas situações as partes não se encontram em iguais termos. Os ofensores podem ficar silentes, preocupados com as consequências do processo, e não estarem muito dispostos a compreender como seus atos afetaram as vítimas. Muitos ofensores são incapazes de articularem sentimentos de remorso ou mesmo reconhecer que o arrependimento é algo apropriado. Já as vítimas podem querer utilizar o processo como instrumento de vingança ou de admoestação. Com isso, ao não se disporem a

²⁹⁹ Não que as questões de racionalidade de um acordo na esfera normativa se esgotem na dimensão financeira ou lógica daquilo que está em jogo.

³⁰⁰ Situação comunicativa aqui entendida como uma ação linguística que pode ser entendida pelo outro, ou seja, que pode ser ensinada e aprendida (FERRAZ JR, 2015).

assumir responsabilidades, dificilmente os atores conseguirão aderir a uma linguagem e um propósito de pacificação (STOKKOM, 2008).

Essa estrutura discursiva aparentemente cooperativa e reconciliatória que se desenvolve ao longo do processo de comunicação para que funcione, ou seja, para que suscite cooperação e não competição, depende do comportamento dos partícipes. Comportamento esse que pode (ou deve) se definir durante o discurso (FERRAZ JR., 2015). Muitas pessoas não estão preparadas para pedir desculpas e podem simplesmente fingir cooperação. Já as vítimas fortemente tocadas pelo crime têm dificuldades em restabelecer ou manter uma convivência comum com o agressor. Nesse caso, elas esperam dos órgãos estatais apenas serem tratadas com justiça e não serem incentivadas a retomar a relação (VAN STOKKOM, 2008; DALY, 2006).

A escolha por um agir comunicativo voltado para o entendimento mútuo e não um agir estratégico (HABERMAS, 2012), quando tomada de forma absoluta, é uma aspiração possivelmente ingênua e sem comprovação empírica. A racionalidade como orientação do agir comunicativo no processo de mediação (agir orientado para fins) poderia recomendar o esforço no sentido de buscar a composição do litígio de forma célere, informal e que possivelmente atendesse demandas ético-morais no plano dos direitos ou necessidades/interesses.

Uma decisão informada pressupõe que as partes conheçam os custos e benefícios de um acordo mediado. Por isso, insistir apenas em considerações de aproximação e entendimento recíproco sem levar em consideração os meios e fins almejados que orbitam em torno do conflito é algo que pode se tornar pragmática e funcionalmente incoerente e improdutivo em formas institucionais de resolução de conflitos.

Além disso, uma comunicação meramente estratégica no debate pode ignorar demanda de reparação de sentimentos e direitos, na medida em que enfatiza o atendimento de interesses. De outro, um agir simplesmente voltado para o entendimento poderia resultar na desconsideração de interesses, consoante se pode ver quando a parte renúncia a tudo em nome do “bem familiar”.

Nesse sentido, exigir que as partes ingressem na mediação apenas com o fim de se reconciliarem ou de fazerem as pazes, sem levar em conta as composições e reparações necessárias, é ignorar a justiça no caso concreto.

É preciso ter cuidado com aquilo que Worthington (apud EXLINE et al., 2012, p. 343) chamou de *gap of injustice*, consistente na discrepância entre os resultados

possíveis e os resultados desejados do procedimento formal. A vítima pode querer mais que restituição e reparação ou simples pedido de desculpas. Ela pode querer o sofrimento do ofensor. E isso a mediação não pode dar.

Aliás, quando convidadas à mediação, muitas pessoas sequer sabem para que foram chamadas. Resistências, orientações negativas e mentes fechadas ao diálogo podem mudar se as partes perceberem vantagens no procedimento (racional) ou se entenderem perceberem uma atitude moralmente convincente de arrependimento e aceitação de parte a parte. E essa mudança de comportamento depende, a meu ver, de tempo, preparação e convencimento. E o primeiro passo desse convencimento é o de que a mediação não é um procedimento que rotula e marginaliza, bem como é um espaço que busca reparação da agressão. Para isso, as partes precisam ser convencidas a ouvirem o ponto de vista do outro e terem a capacidade de pensarem empaticamente (HOFFMAN, 2000).

Mas, ainda que se adotem todos os cuidados necessários, alguns ofendidos podem continuar considerando o agressor uma pessoa má. Nesse sentido, ouvir o ofensor falar sobre a agressão pode simplesmente renovar os sentimentos de vingança e o ressentimento, mais do que gerar um reconhecimento pessoal ou um reconforto emocional relacionado ao prejuízo sofrido. Diante disso, palavras como restauração e compreensão podem parecer fora de lugar (STOKKOM, 2008).

Contudo, ao ser confrontado com o agressor, o ofendido pode se encaminhar não na direção da simpatia ou do perdão, mas para abertura de um *eu* fraturado, que pode ser reajustado ou recuperado e, com isso, possibilitar um entendimento nos limites da relação³⁰¹.

Consoante veremos a seguir, toda relação social pressupõe um conteúdo moral (CARDOSO DE OLIVEIRA, 2018). Por isso, o discurso da mediação precisa intensificar a adesão a valores à luz da relação, sem os quais um discurso dirigido a comover e a modificar atitudes e gerar ações específicas não obteria êxito. Os acordos particulares sobre valores morais, em alguma medida, devem pretender fornecer subsídios para que as partes consigam ajustar os valores universais convencionados na norma e convencerem-se a si próprios da necessidade de um acordo razoável (e não apenas racional) (RAWLS, 2005; ALEXY, 2009; BACKER, 2018).

³⁰¹ No sentido de que vizinhos podem voltar a conviver sem agredirem; que parentes poderão retomar a convivência frequente; que estranhos poderão se encontrar sem terem medo ou demonstrarem atitudes de hostilidade etc.

4 JUSTIÇA E EQUIDADE NA MEDIAÇÃO RESTAURATIVA

De acordo com Buchanan e Mathieu (1986), as questões principais em torno da ética normativa, que é o que particularmente nos interessa aqui, são: a) como nós devemos atuar a fim de sermos justos?; e b) como as instituições sociais devem ser estruturadas de modo a alcançar justiça?³⁰².

A primeira questão diz respeito à justiça nas relações pessoais. Nesse sentido, a justiça é fundamentalmente um tópico relacional. É um aspecto da moralidade³⁰³ que envolve as relações entre as pessoas, sobretudo nas relações humanas de troca (ADAMS, 1965). A preocupação central sobre a justiça, portanto, enfatiza as inferências que levam em conta se em determinada situação uma pessoa honrou suas obrigações (sociais) relacionais (FOLGER; CROPANZANO, 1998) ou seguiu seus deveres morais de correção (HOFFMAN, 2000).

De acordo com essa perspectiva, uma autêntica experiência de justiça estaria fundamentada na reciprocidade e no igual respeito e consideração entre indivíduos (SCORN, 2004)³⁰⁴, como aspectos de uma interação facilitada por meio de um procedimento adequadamente estruturado. O que nos leva à segunda questão.

A segunda questão diz respeito a como as instituições se organizam para prestar justiça, isto é, as condições estruturais relacionadas ao modo de administrar a distribuição de benefícios e encargos (BUCHANAN; MATHIEU, 1986). Em outros termos, a preocupação da justiça aqui é como e de que forma alocar recursos, punições (justiça criminal) ou compensações (HOFFMAN, 2000; TYLER, 1990; 2003; 2010; THIBAUT; WALKER, 1974; 1975; LEVENTHAL, 1977; FOLGER; CROPANZANO, 1998).

³⁰² Como esclarecimento inicial, cumpre observar que quando discuto o escopo da justiça aqui o faço a partir da pressuposição de que as pessoas envolvidas fazem parte de uma mesma comunidade moral, ou seja, os indivíduos ou grupos são percebidos como dentro dos limites dentro dos quais os valores, as regras e as considerações de equidade/justiça são aplicadas (TYLER et al., 1997). Opatow (1990 apud TYLER et al., 1997) relaciona o escopo da justiça com a comunidade moral no conceito de exclusão moral, de acordo com o qual os indivíduos ou grupos são percebidos como fora dos limites dentro dos quais os valores, as regras e as considerações de equidade/justiça são aplicadas.

³⁰³ Buchanan; Mathieu (1986) chamam a atenção para o fato de que a justiça é apenas uma parte ou importante aspecto da moralidade. De acordo com os autores, esta visão é compartilhada por Rawls, Stuart Mill, Hume, Nozick e outros.

³⁰⁴ A partir dos estudos de Piaget sobre os estágios de desenvolvimento das crianças, Gunther (2004, p. 179) menciona que o estágio de "mútua estima" pressupõe relações de interação simétricas, na qual uma criança aprende tanto a distinguir-se das demais, quanto a referir-se a elas. Essa relação de respeito mútuo pode ser adaptada, em alguma medida, ao contexto de cooperação pressuposto pela justiça restaurativa.

O comportamento e o sentimento das pessoas estão fortemente vinculados às suas percepções de justiça ou injustiça³⁰⁵. O justo, o correto ou merecido (aquilo que a pessoa tem direito a receber) estão no centro das atitudes, sentimentos e comportamentos das pessoas em relação a outras. Além disso, a aceitação ou legitimação da autoridade (instituições/procedimentos/leis) e a boa vontade em cooperar em grupo, por exemplo, também são influenciadas por essa percepção de justiça (TYLER et al., 1997).

De acordo com Cardoso de Oliveira (1989), questões de legitimidade são constitutivas do universo do direito³⁰⁶ – no sentido mais amplo possível –, e a legitimidade é fortemente dependente das percepções de equidade como tratamento justo. E a justiça inclui questões de equidade justamente quando há uma competição de pretensões ou conflitos de interesses entre partes (HOFFMAN, 2000).

Todo processo de administração de conflitos encerra em si uma pretensão de equidade. Quando as autoridades ou pessoas que representam o Estado gerenciam as disputas, a equidade da abordagem está vinculada à maneira como as decisões são tomadas. Em outros termos, quando um terceiro imparcial decide o conflito, a equidade está diretamente relacionada ao tratamento com igual respeito consideração (justiça formal), no sentido de que casos semelhantes devem ser tratados de maneira igual (DWORKIN, 2010; HART, 2009; MACCORMICK, 2008). Daí a importância da justificação das decisões ou da necessidade inescapável de explicar por que é certo decidir de determinada forma ou por que, entre todas as opções relevantes, a escolhida era a que melhor se adequava ao caso em particular.

Já na mediação, a meu ver, a equidade assume contornos distintos e se afasta, como ressaltado aqui, da pretensão de universalização de soluções para casos semelhantes em maior escala. A equidade, como expressão de justiça fundada na reciprocidade, igualdade e liberdade, é limitada. Ela tem uma pretensão de correção³⁰⁷

³⁰⁵ Leventhal (1977) apresentou uma lista de seis características que aumenta a percepção de justiça: a) consistência (padrões uniformemente aplicados a todas as pessoas ao longo do tempo); b) livre de preconceitos (minimize o autointeresse e reduza as concepções); c) precisão/correção (confiabilidade da informação e/ou uma opinião bem informada); d) corrigível em caso de erro (permite que as decisões sejam revistas e corrigidas em caso de erro); e) representativa (leva em conta todos os pontos de vista ou das preocupações e interesses de todos os envolvidos); f) eticidade (baseada nos valores éticos ou padrões morais de conduta predominantes/vigentes).

³⁰⁶ Tyler (2011) assevera que a efetividade do sistema legal depende, ao menos em parte, da boa vontade dos cidadãos em sentir voluntariamente para a operação das autoridades legais e cooperar ativamente com elas.

³⁰⁷ O que não quer dizer que seja menos significativa. Ao contrário. A maioria dos conflitos que são submetidos à mediação restaurativa envolvem pessoas próximas ou conhecidas (TIVERON, 2014). Assim, a comunicação da solução teria, a meu ver, impacto mais direto e imediato sobre as relações

(prática) entre facticidade e a idealidade que irradia sobre as relações mais próximas e, conseqüentemente, pretende ter um impacto direto na prevenção da reincidência³⁰⁸.

Ocorre que, no plano das relações conflituosas administradas por processos de mediação, merece destaque a percepção de justiça das pessoas envolvidas. Referida percepção é diretamente influenciada pelas diferentes dimensões ou formas de justiça (procedimental, resultado e interacional) que possibilitam um debate construtivo, cooperativo e satisfatório na construção de soluções para o litígio. Assim, para dar conta desse modelo de justiça como equidade que defendo aqui, um modelo institucional de administração de conflitos com fins restaurativos precisaria articular os três princípios estruturadores (liberdade, igualdade e reciprocidade) e fazê-los operar de maneira conjunta nos distintos níveis ou dimensões de justiça a partir do qual um conflito pode ser observado e/ou resolvido.

Nesse sentido, a construção do que denominei aqui de um modelo de justiça restaurativa integral ou integrado³⁰⁹, que encerra um tipo de teoria moral procedimental, precisaria combinar uma interação incentivada no ambiente institucional que promova, a um só tempo, diferentes concepções de justiça que objetivem: a) o respeito à dignidade e aos direitos do outro; b) um resultado equânime (proporcional, equitativo) do ponto de vista de quem decide e dos atores envolvidos³¹⁰; c) um tratamento institucional respeitoso, informado, imparcial, consistente e eticamente orientado (THIBAUT; WALKER, 1974; 1975; LEVENTHAL, 1977; LIND; TYLER, 1988; TYLER, 2003; 2010; BIES, 2018; COLQUITT, 2012; FOLGER; CROPANZANO, 1998; CARDOSO DE OLIVEIRA, 1989; 1995; 2002)³¹¹.

que as decisões judiciais proferidas em processos tradicionais e, conseqüentemente, funcionaria como instrumento importante de prevenção da reincidência, consoante sugerem alguns estudos relacionados às práticas de mediação no Brasil. Ver Blazeck e Marzagão Jr. (2013).

³⁰⁸ Até se poderia falar em um acordo ou decisão universalizável, o sentido de que se todos os interlocutores (independentemente da origem cultural dos mesmos) estivessem adequadamente informados sobre as peculiaridades do caso e os significados vigentes, concordariam com o caráter equânime do desfecho do caso (CARDOSO DE OLIVEIRA, 1996).

³⁰⁹ Esse tipo de justiça que se espera seja praticado pela justiça restaurativa se assemelha ao que Aristóteles classificou como um exemplo de justiça completa, em que o homem não apenas tenta obter um tipo de equilíbrio ou proporção entre interesses, mas se refere a uma rara prática em que o homem justo é capaz de reconhecer a correta proporção e atuar em função dela (SCHWEGEIRT, 2002, p. 20).

³¹⁰ Cropanzano et al. (2007) fala em três critérios distributivos, que seriam essas características relevantes a serem levadas em conta na distribuição de encargo, responsabilidades e benefícios: a) igualdade (dar a cada um a mesma coisa); equidade (dar a cada um de acordo com suas contribuições); e a necessidade (dar a cada um de acordo com suas necessidades)

³¹¹ Leventhal (1977) já chamava a atenção em seus estudos sobre a necessidade de se discutir a questão da equidade/justiça de um ponto de vista multidimensional.

A justiça que quer ser restaurativa e, portanto, mais abrangente, em alguma medida, precisa articular diferentes concepções ou elementos de justiça como objetivo de alcançar uma justiça mais próxima do que se entende por ideal, capaz de oferecer condições de discurso adequadas, interações respeitadas e construtivas e resultados satisfatórios.

Nesse sentido, o procedimento da justiça restaurativa, em termos concretos, propõe-se a ser uma espécie de contrato por adesão, em que as partes aquiescem sobre a aceitação de certos princípios morais e condições de discurso. Esse modelo pretende lançar uma proposta voluntarista de participação na construção da justiça, no sentido de que sujeitos livres e iguais consentiriam em circunstâncias de equidade que lhes permitiriam o reconhecimento de obrigações e autoimposição de compromissos (RAWLS, 2002).

O espaço de mediação busca reproduzir em sua estrutura básica de administração de conflitos, portanto um sistema equitativo de cooperação social entre cidadãos percebidos e considerados como livres e iguais (RAWLS, 1992), sendo que a ideia de cooperação remete à ideia de bem ou de vantagem racional para cada participante. Essa estrutura cooperativa e equitativa possibilita que as partes formulem sua concepção de bem em relação ao conflito. Em outros termos, a concepção de justiça pública observada pela justiça restaurativa empresta valor relevante à concepção moral de bem dos atores envolvidos³¹²: o que eu quero aqui e agora.

Assim, diferentemente do procedimento jurídico, pautado apenas em regras e condições discursivas comumente formuladas por meio de uma linguagem técnica e impessoal, operacionalizada por intermediários (os representantes da lei), a mediação restaurativa objetiva promover a interação direta, aberta, franca e respeitosa entre os

³¹² É preciso observar que a concepção do cidadão como pessoa livre e igual não é um ideal moral para a condução da vida em todas as suas dimensões, consoante observa o próprio Rawls (1992), mas um ideal que pertence a uma concepção de justiça política a ser aplicado às estruturas básicas da sociedade, entre elas aos sistemas institucionais de administração de conflitos. Com isso, as pessoas podem aceitar essa concepção de si como cidadãos participantes de um sistema retórico-discursivo de administração de conflitos sem estar comprometidas em outras dimensões de sua vida com os ideais morais abrangentes com frequência associados ao liberalismo, como por exemplo, os ideais da autonomia e da individualidade. Nesse sentido, é possível conciliar o fato de que a recusa à participação na mediação importa em renúncia à autonomia e a crença de que um terceiro tem melhores condições de definir o que cada um merece. Além disso, a renúncia também pode ser vista como um sinal de autonomia, para recusar um acordo ou contexto de discussão percebido como impositivo.

atores envolvidos no conflito, bem como ajudar as partes a sopesar direitos com maior flexibilidade na construção de uma solução reparadora³¹³.

Trata-se, portanto, de um procedimento que invoca questões ético-morais como um componente essencial para a construção de soluções equânimes, na medida em que, sem esse componente moral, a interface consensual proporcionada pela justiça restaurativa funcionaria apenas como um espaço de discussões de interesses e vantagens, nem sempre capaz de proporcionar uma reparação completa e satisfatória para as partes.

Assim, para além das concepções pessoais de bem ou dos interesses que podem ser negociados em um procedimento que incentiva o diálogo, a justiça restaurativa precisa estar aberta a uma concepção de pessoa para a qual nem a moralidade negue a importância da empatia e do cuidado como fruto da sociabilidade humana³¹⁴, nem o significado da relação sempre preceda a concepção de justiça como reparação de direitos.

Por isso mesmo, sustento aqui que a concepção de justiça a ser desenvolvida pela justiça restaurativa, como a de realização da justiça por meio da equidade, reivindica uma concepção de pessoa, de sociedade e de direitos moralmente sustentados. Uma concepção de justiça pública que se apoia em regras, formas e princípios de discurso que possibilitam ou incentivam um agir cooperativo a partir de considerações morais de respeito e solidariedade à pessoa do interlocutor (RAWLS, 1992; CARDOSO DE OLIVEIRA, 1989; 1996; 2011).

Um procedimento moralmente sustentado é capaz de legitimar uma decisão independentemente de o resultado ser favorável a um ou outro. E essa legitimidade se constrói sobre a crença razoável de que um procedimento de tomada de decisão e resolução de disputas justo é capaz de promover ganhos ao longo do tempo, ainda que possa importar em perdas de curto prazo. Essa crença promove lealdade e bons sentimentos sobre o sistema de justiça (LIND; TYLER, 1988).

³¹³ A necessidade, em tese, de sopesar direitos na administração judicial de conflitos coloca limites importantes à dimensão técnica do empreendimento.

³¹⁴ Sobre a importância da empatia para motivar o comportamento pró-social, ver Hoffman (2000). Em outro sentido, a noção de empatia não significaria a capacidade de ver e pensar como o outro, a partir de uma sensibilidade especial que lhe permitiria transpor-se para a mente do interlocutor, algo que reduziria a noção de empatia à ideia de simpatia (capacidade de identificar-se com o outro), mas de acionar conceitos e pressuposições que permitam estabelecer algum nível de interseção com o ponto de vista do outro (CARDOSO DE OLIVEIRA, 2013, p. 416). Essa ideia de empatia teria relação com o papel da compreensão na relação. Ver, neste sentido, também Geertz (1983).

As circunstâncias da justiça são, no dizer de Sandel (2005), as condições que possibilitam o desabrochar da virtude da justiça. São condições que estão presentes nas sociedades humanas e que tornam a cooperação entre os homens simultaneamente possível e necessária. Referidas condições são empíricas e dependem claramente da forma como o procedimento se organiza e funciona de modo a permitir que as partes atuem de modo justo.

Nesse sentido, a legitimidade, a equidade e moralidade abrem as portas para a compreensão de duas outras dimensões relacionadas à organização da justiça: a reativa e a proativa. De um lado, de um ponto de vista reativo se questiona: como as pessoas respondem a condições de justiça ou injustiça? De outro: como condições de justiça/equidade são criadas? (GREENBERG, 1987; COLQUITT, 2012). Assim, é possível avaliar como as pessoas reagem, por exemplo, às injustas distribuições de resultados (ADAMS, 1965) (benefícios e encargos) ou como elas percebem as condições ou características de equidade do procedimento (imparcialidade, consistência, respeito, confiabilidade etc.) (LEVENTHAL, 1977; THIBAUT; WALKER, 1974; 1975; BIES; MOAG, 1986; BIES, 2018).

A percepção de justiça de um resultado não depende apenas do respeito às condições formais de procedimento estabelecidos e a suposição na capacidade de um terceiro de aplicar a lei com bom senso, mas de outras características ou qualidades necessárias à interação no ambiente institucional de administração de conflitos. E essa percepção de justiça é determinante para a cooperação.

4.1 OS ELEMENTOS DA JUSTIÇA: LIBERDADE, IGUALDADE E RECIPROCIDADE

Liberdade, igualdade e solidariedade são conceitos ou princípios complementares e não antagônicos. Quando observados do ponto de vista do procedimento da mediação, a liberdade pressupõe poder decidir buscar ou não o entendimento e, por conseguinte, abrir espaço para reconhecer no outro alguém igualmente digno de respeito e consideração, como um aspecto da justiça interacional (FOLGER; CRAPANZANO, 1998). O exercício da liberdade no procedimento, por sua vez, depende de condições formais e materiais de igualdade discursiva e postura imparcial do facilitador.

Assim, de um lado, observa-se o papel da dimensão da liberdade ou da autonomia enquanto fator ou princípio que habilita as partes envolvidas no conflito a

decidir sobre seus próprios litígios: ter controle e voz sobre o resultado. De outro, analisa-se como a igualdade (de condições), no sentido de igual respeito e consideração institucional (qualidade do tratamento), facilita ou promove a verdadeira liberdade de decidir sobre aquilo que melhor convém aos litigantes, do ponto de vista de seus direitos, interesses e sentimentos, dentro do universo mediado pelo direito formal e pelo processo (no sentido de procedimento e discurso).

Contudo, como se sustenta aqui, esses dois elementos são insuficientes para a construção da justiça relacional. Justiça produzida na interação direta entre pessoas demanda reciprocidade ou solidariedade, enquanto respeito e consideração ao mérito do outro.

A ideia é que a deliberação intersubjetiva no espaço público seja compreendida como uma forma coletiva de autorrealização. Para isso, os participantes da mediação precisam aspirar discutir e negociar, publicamente, todas as questões comuns e controvertidas. Mas isso só será possível se os arranjos institucionais forem capazes de manter um grau de solidariedade necessária à participação efetiva dos atores na discussão do conflito, como condição indispensável à atividade comum no espaço público.

Em que pese a importância do direito e do reconhecimento político da cidadania, em que se pretende afirmar e conscientizar no plano institucional a relevância da participação política dos atores na definição de seus próprios conflitos, ou seja, no plano concreto em que autonomia política se realiza socialmente³¹⁵, ambas as formas, legal e política, são incompletas em contraste com a forma ética pretendida pela experiência da mediação. A solidariedade ética tem o propósito de manter e defender uma vida boa em comum (HONNETH, 2007; 2015; FORST, 2010). Por isso, o procedimento discursivo da mediação se organiza em torno da promoção desse tipo de agir solidário.

Ao analisar as práticas de mediação, portanto, é preciso avaliar em que medida a liberdade, igualdade e solidariedade/reciprocidade têm lugar na administração dos conflitos. Em outros termos, ao identificar esses elementos da justiça como valores a serem acionados às práticas oficiais de administração de conflitos, poderão ser

³¹⁵ O reconhecimento político, em termos de cidadania, revela um agir político solidário que tem o propósito de produzir uma comunidade de cidadãos plena em direitos, que possibilite a diferença ética, a igualdade jurídica, codeterminação política, a inclusão social etc. (FORST, 2010)

avaliadas as estruturas básicas como procedimento, normas e infraestrutura, indagando-se, por exemplo:

- a) se elas criam ou não condições de reciprocidade;
- b) se colocam as partes em posição de lidar uns com os outros de maneira autônoma, igualitária e mutuamente benéficas;
- c) se colocam as pessoas em posição de tratar-se mutuamente de tal modo que fiquem satisfeitas como partes que se respeitam e se ouvem.

4.1.1 Justiça e igualdade

A igualdade nas práticas de justiça restaurativa é, essencialmente, de natureza política, não metafísica, ou mesmo moral (RAWLS, 1985), como ocorre em todo procedimento formal. É uma concepção de justiça aplicada à administração de conflitos formalista, na medida em que está fundamentada na igualdade e universalidade de tratamento institucional.

O conteúdo da igualdade formal, previsto na lei, é dado pela finalidade de coibir o tratamento arbitrário. Ele nos diz que, quando as pessoas são iguais, devem ser tratados igualmente e vice-versa³¹⁶ (HART, 2009; MAcCORMICK, 2008). O papel do princípio formal de justiça é assegurar, portanto, que somente as características relevantes sobre determinada questão sejam levadas em conta, a fim de determinar o tratamento apropriado ao indivíduo. Um tratamento justo requer que cada pessoa seja julgada de acordo – e somente de acordo – com essas características relevantes. Em outras palavras, do ponto de vista da justiça, a igualdade é presumida e os fatores

³¹⁶ Kant de Lima (2004; 2008) e também Cardoso de Oliveira (2010) em diversas oportunidades em que discutem as concepções de igualdade e da cidadania no Brasil, lançam mão da noção de igualdade preconizada por Ruy Barbosa, ícone da república e "porta-voz" do campo jurídico brasileiro, e insistentemente citado pelos juristas para analisar as incongruências da igualdade à brasileira: "A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualam" (Barbosa, 1921). Em consequência, pontua Kant de Lima (2004) a semelhança remete à igualdade; e a especificidade, não à universalidade de tratamento, mas à sua particularidade: em suma, a diferença remete à desigualdade. Ou, nas palavras do citado autor: "A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real" (Barbosa, 1921).

relevantes de desigualdades precisam ser justificados (BUCHANAN; MATHIEU, 1986; BIES, 2018)³¹⁷.

Contudo, para além do formalismo legal, os fins do direito ou a essência de justiça que ele invoca devem ser buscados na ética, ou mais precisamente, na eticidade. Para isso, a justiça requer, em algumas situações, uma comparação interpessoal e o apelo a princípios materiais de justiça que indiquem ou sinalizem os valores relevantes para a distinção. Um tratamento desigual não é injusto por si só. Ele só é injusto se não for baseado em diferenças ou razões irrelevantes.

Citarei dois tipos de desigualdades formais em nossa legislação baseado em diferenças relevantes ou irrelevantes, a fim de adicionar exemplos substantivos para a questão. O primeiro é relacionado ao instituto da prisão especial. O segundo é relacionado ao foro por prerrogativa de função, também conhecido como “foro privilegiado”.

A prisão especial³¹⁸ é um típico exemplo de desigualdade de tratamento no Brasil e da confusão entre direitos e privilégios, conforme observam Kant de Lima (2008; 2010) e Cardoso de Oliveira (2011; 2018), com base, por exemplo, em critérios de escolaridade, status ou função. Alguns dos critérios previstos no Código de Processo Penal são baseados em diferenças ou razões irrelevantes, fruto de concepções distintas de igualdade e cidadania, por exemplo, o fato de o cidadão ser portador de diploma de curso superior ou ocupar algum cargo político.

Contudo, há razões relevantes que justificam o tratamento diferenciado. Como, por exemplo, o recolhimento em estabelecimento distinto de um policial ou juiz criminal. A prisão especial, nesse caso, tem como pano de fundo o risco à integridade do agente estatal em ser colocado em cela comum, junto com outros presos. Não se trata de dar para o agente público que está preso uma cela melhor, mas de assegurar a integridade física do servidor preso.

Um segundo exemplo é o foro por prerrogativa de função, que determina que ocupantes de determinados cargos sejam julgados por instâncias específicas do Poder Judiciário. Na prática, isso significa que algumas autoridades não são julgadas na primeira instância, como qualquer cidadão, e sim por tribunais superiores. A

³¹⁷ E um elemento fundamental que está vinculado à igualdade enquanto um princípio formal da justiça comparativa é a noção de imparcialidade (BUCHANAN; MATHIEU, 1986).

³¹⁸ A prisão especial é um instituto previsto no art. 295 do Código de Processo Penal e tem por objetivo recolher determinadas pessoas, antes da condenação definitiva, em estabelecimento de custódia distintos dos presos comuns.

justificativa do foro privilegiado é de que ele tem a função de proteger o cargo e não pessoa processada de pressões e disputas de poder.

O foro especial por prerrogativa de função faz sentido no caso de crimes praticados pela autoridade cometidos no exercício do mandato e em função do cargo em que ocupam. Isso porque o ato ilícito tem direta relação com a função exercida. Contudo, não há motivo relevante para se dar tratamento diferenciado ao autor de crime comum praticado antes do exercício do mandato ou função ou sem nenhuma relação com eles³¹⁹.

Feita essa observação, ressalta-se que não obstante as flagrantes desigualdades em nossas formas de justiça, procedimentos de administração de conflitos precisam buscar um sentido de igualdade que permita superar as diferenças substanciais de instrução, dinheiro ou poder. Assim, o procedimento precisa buscar equiparar as partes em suas forças por meio de mecanismos que nivelem materialmente os participantes, de modo que suas situações se encontram *politicamente* iguais no processo³²⁰.

De outra sorte, o procedimento também precisa ser capaz de igualar as partes também em termos morais. Apesar do que as regras prescrevem, Hart (2009) afirma que há uma convicção moral no sentido de que as pessoas que convivem sobre a mesma ordem jurídica têm o direito a que outras se abstenham de certas condutas danosas³²¹.

Há também aqui um princípio de igualdade moral artificial que equipara todas as pessoas como detentoras da prerrogativa de não de ser prejudicada. Ao violar o princípio moral de não causar dano a outro, aquele que violou a regra provocaria um desequilíbrio moral na relação. Nesse sentido, sob o ponto de vista justiça, aquele que

³¹⁹ Essa, aliás, é a posição do Supremo Tribunal Federal expressa no julgamento sobre o tema no ano de 2018. A discussão se deu no julgamento da questão de ordem na AP (Apelação) 937, que teve início em maio do ano passado. O caso concreto é de ação ajuizada pelo MP eleitoral contra o ex-deputado Federal Marquinho Mendes, por suposta compra de votos nas eleições municipais de 2008, quando foi eleito prefeito de Cabo Frio/RJ. Uma observação importante, todavia, é que os argumentos apresentados pelos ministros, em sua maioria, versaram sobre garantir a eficiência (evitar as idas e vindas de processos entre instâncias como resultado da mudança da condição do investigado/processado) e diminuir a impunidade que o foro resulta. Questões de igualdade ficaram à margem da discussão.

³²⁰ McEwen e Maiman (1984) observaram nos processos de negociação ou mediação nos EUA, que a pressão moral e as contingências situacionais, bem como o poder e os recursos diferenciados podem afetar as decisões dos participantes. De igual forma, não pode ignorar a desigualdade moral dos atores.

³²¹ Nesse sentido, Barry (1996) fala em regras de justiça de acordo com as quais a proibição de prejudicar outras pessoas é algo que pode ser facilmente acordado entre sujeitos com diferentes concepções de bem.

desigualou a ordem moral por meio de seu comportamento deve compensar o mal causado.

Ocorre que, diferentemente do processo tradicional, ao colocar frente a frente as partes em um procedimento restaurativo, em lugar da imposição da compensação por um terceiro, pretende-se que as partes encontrem uma solução que reestabeleça o *status* anterior à ofensa e, conseqüentemente, voltem à condição de igualdade moral.

No plano dos processos de administração de conflitos, embora as partes gozem de direitos formais de igual tratamento e consideração no ambiente institucional, é incorreto achar que um tratamento igualitário pressupõe porções iguais de bens (reparação) ou de concessões mútuas. Não. A mediação não é um experimento hipotético em que duas partes estão em iguais condições no plano da reparação ou mesmo partem de uma mesma posição moral. É preciso reconhecer que há um agressor e um agredido. Não se pode acreditar e não se quer crer que as pessoas sejam as mesmas ou se sintam como iguais, porque de fato elas não são.

Essa forma estrita de igualitarismo não interessa, porque é flagrantemente injusta. É o caso, por exemplo, de encontros restaurativos em que as partes são “convencidas” a abrir mão de direitos em favor da conciliação, em que a noção de pacificação (solidariedade social) vem antes da justiça.

Dito de outro modo, as diferenças existentes não podem ter qualquer importância na maneira como as partes deverão ser tratadas como cidadãos perante a justiça pública, ou seja, a ideia de cidadania reivindicada no processo é, em alguma medida, tanto formal como material, no sentido tanto de assegurar a participação dos cidadãos no discurso da mediação, como também o de garantir de forma mais igual possível as condições de realização dessa participação. Contudo, não se podem ignorar as diferenças concretas entre as pessoas no plano dos direitos em favor, simplesmente, da formulação de acordos de paz³²².

O que a justiça pública como instituição estatal precisa assegurar são condições de autorrespeito e de reconhecimento, ou seja, a possibilidade de que os cidadãos convocados a participarem do procedimento se reconheçam a si mesmos como membros plenos de uma comunidade e como tais sejam reconhecidos (FORST,

³²² Essa é, por exemplo, a crítica de Walzer (1983) ao liberalismo de Rawls e Habermas que, em favor de procedimento formalmente imparcial e igualitário, seriam incapazes de dar conta das diferenças concretas, consoante o contexto histórico e cultural.

2010). Em outras palavras, que possibilite a reconstrução de sua identidade moral (social) no sentido de permitir que ele ou ela se coloque em uma situação em que consegue se valorizar (CARDOSO DE OLIVEIRA, 2010; 2011).

As pessoas devem ser incentivadas a reconhecerem suas capacidades em formar e apresentar suas próprias concepções de bem e de terem seus planos de vida reconhecidos. As condições de justiça da mediação, assim, buscam proporcionar oportunidade para que as partes envolvidas em conflitos resolvam suas disputas a partir de considerações favoráveis de autorrespeito e autoestima (RAWLS, 1985).

O objetivo do procedimento é eliminar ou reduzir a estigmatização da pessoa e permitir que ela não se envergonhe de aparecer e discutir seus problemas no espaço público³²³. E isso está ligado diretamente às percepções (intuições) e às condições reais de legitimidade e equidade no processo, que coloquem em primeiro plano noções de justiça e correção, ou seja, sob quais condições a solução correta pode ser encontrada (CARDOSO DE OLIVEIRA, 1989).

O modelo ético-discursivo da mediação apoia-se em um princípio moral de reciprocidade dialógica universal, de acordo com a qual as pessoas envolvidas devem reivindicar suas pretensões apenas por meio do uso de argumentos colocados discursivamente. Isso importa na eliminação de toda forma de ameaça ou coerção e no emprego de conteúdos (linguagem) argumentativos capazes de gerar racionalmente consenso (HABERMAS, 2012).

O mediador, portanto, deve assegurar que as partes estão recebendo a mesma atenção, gozam do mesmo respeito e têm as mesmas oportunidades de falar e serem ouvidas, a despeito de suas diferenças reais. Em outras palavras, as partes não podem perceber que estão sendo tratadas com menor estima pelo mediador. Esse é o aspecto da igualdade mais importante aqui. E, ao deixar de lado tudo que possam tornar as pessoas desiguais, abrem-se as portas para atribuição de parcelas desiguais (RAWLS, 2002; SCHMIDTZ, 2009) de responsabilização e reparação.

A questão é como indivíduos iguais e autônomos, colocados frente a frente, devem ser tratados mutuamente no âmbito de um procedimento restaurativo?

A igualdade de condições ou igual tratamento institucional às partes pode reduzir as assimetrias entre elas, porém é insuficiente para garantir o reconhecimento

³²³ Essa perspectiva vai de encontro ao que algumas ideias de justiça restaurativa sustentam, como por exemplo, a concepção de vergonha reintegradora de Braithwaite (2003).

e respeito recíproco, uma vez que esse depende da boa vontade de cada participante. A liberdade conecta os elementos da igualdade e a reciprocidade como concepções de justiça aplicáveis à mediação.

Embora essa perspectiva de igualdade possa ser acusada de ser formal, artificial e insuficiente, na medida em que a igualdade pretendida pela justiça restaurativa pretenda conferir tão somente uma forma de igualdade política (RAWLS, 2005) ou procedimental às partes (qualidade de tratamento interpessoal oferecido pelo Estado)³²⁴ (TYLER, 1990; TYLER et al., 1997; TYLER, 2003), ela busca, de alguma forma, tentar suprimir as desigualdades da natureza que precedem ao procedimento. Ou seja, as regras procedimentais são concebidas e utilizadas para promover equidade (COLQUITT, 2012; THIBAUT; WALKER, 1975; LEVENTHAL, 1977), como a invocação do respeito e consideração pelo outro.

4.1.2 Justiça e autonomia

A mediação desemboca quase sempre em um contrato. Ao final da sessão, as partes deverão assinar um acordo que estabelece as obrigações ou compromissos e, em tese, resolve o conflito.

As promessas formuladas durante a mediação guardam direta relação com essa ideia de contrato privado, na medida em que se pressupõe um ato voluntário, consentido e autônomo das partes em lugar de uma decisão de um terceiro (Estado). Assim, mais que uma decisão imposta por terceiro imparcial que define os termos do conflito, é a vontade das partes que deve prevalecer.

Um dos princípios que rege o contrato é justamente a liberdade³²⁵. Nesse sentido, de um lado, uma obrigação não pode ser gerada sem a necessidade de consentimento; de outro, a pessoa deveria ser capaz de alterar por acordo ou consentimento as condições de suas relações legais (BARNETT, 1992). No campo

³²⁴ Folger e Crapanzano (1998) identifica característica da justiça com o que seria um terceiro tipo de justiça, a justiça interacional (*interactional justice*), que seria diferente da justiça distributiva e da procedimental. Contudo, os próprios autores reconhecem que a característica da qualidade do tratamento interpessoal também está presente em estudos de justiça procedimental.

³²⁵ A liberdade de contratar tem duas dimensões. A primeira é a liberdade de contrato (*freedom from contract*), em que a pessoa não deveria se constrangida a assumir obrigações sem o seu consentimento. A segunda é a liberdade de contratar (*freedom to contract*), em que a pessoa deveria ter a liberdade de alterar por acordo ou consentimento suas relações legais (BARNETT, 1992, p. 1023).

penal, o consentimento ou acordo também funcionam como elementos de exclusão da responsabilidade penal (ANDRADE, 1991)³²⁶.

Em primeiro lugar, essa liberdade invoca a liberdade ou autonomia como manifestação da vontade ou poder de decidir os conflitos, tanto no sentido bilateral, em que ambas as partes podem combinar a solução que mais lhes convém, como no sentido unilateral, em que uma ou ambas as partes podem renunciar a um direito próprio, entre eles o próprio direito de participar da mediação.

No modelo da mediação aqui estudado, as partes têm poder de veto no debate (AGUILÓ-REGLA, 2013; 2015). Nesse último caso, a renúncia representa a decisão de transferir a um terceiro imparcial o poder/autoridade para decidir o conflito e atribuir a cada um o que lhe é devido, conforme sua convicção³²⁷.

Em segundo lugar, as negociações na mediação têm a pretensão de emprestar um novo sentido à lei penal, como vimos anteriormente, por meio do acordo ou consentimento dos envolvidos e em consonância com suas percepções de justiça.

Por fim, as promessas feitas durante a mediação, em razão das condições de liberdade (consentimento) e igualdade do procedimento, assumem um caráter de obrigações morais, na medida em que as partes manifestaram a intenção de criar uma obrigação, sem depender do consentimento de algum agente externo.

É preciso compreender que duas forças comumente determinam o comportamento das pessoas: a moral e a ambiental. A primeira depende do conjunto de valores sociais e morais que moldam os pensamentos e sentimentos da pessoa sobre o que ético e normativamente apropriado fazer (cumprir o acordo que ajudei a construir). A segunda depende dos constrangimentos externos impostos pela coercitividade das leis e instituições (TYLER, 2011).

Referidos compromissos ou obrigações firmadas na mediação restaurativa, mais que revelarem um conteúdo legal, assumem um conteúdo moral, uma vez que a

³²⁶ Duas teorias concorrem para justificar o papel do acordo ou do consentimento na teoria do delito: a teoria unitária, que prevê que estes excluem a tipicidade do fato; e a teoria diferenciada que prevê que aqueles excluem a antijuridicidade. Não nos cabe aqui explorar detalhadamente os efeitos e particularismos que cada teoria fornece à dogmática penal. Basta entendermos que, na prática, ambos têm o efeito de excluir o crime, uma vez que um atuar consentido não causa um injusto. Em nosso direito, o consentimento situa-se no campo da exclusão da antijuridicidade, absorvida pela fórmula do exercício regular de um direito (art. 23, III do Código Penal). Sobre o tema, ver a exaustiva obra de Manuel da Costa Andrade, *O consentimento e acordo no direito penal* (1991).

³²⁷ É preciso ressaltar que, como não há instrução probatória prévia exaustiva, o que mais conta é a versão apresentada pela vítima. Por isso, não há propriamente inferência probatória nas decisões de delitos de menor potencial ofensivo se o autor do fato aceitar a transação penal. Questões de verdade são postas de lado se a parte supostamente aceitar o acordo proposto.

vontade consentida das partes importaria na autoimposição de limites ou compromissos³²⁸.

Não se trata, portanto, apenas da liberdade de falar ou dizer o que pensa, mas de consentir em assumir o dever (obrigação) moral (e legal) de reparar um mal causado. Isso porque promessas ganham força quando há um consentimento livre e desimpedido (BARNETT, 1992) e quando há reconhecimento verdadeiro do mérito do outro (CARDOSO DE OLIVEIRA, 2011)³²⁹.

Quando cada interlocutor reconhece no outro alguém dotado de capacidade e atitudes próprias, ou seja, como alguém capaz pensar e agir de um modo ético, se esse outro não identifica de maneira clara a solução do problema — no sentido de que abusou de um direito e de que esse merece reparação —, é porque de fato a solução do problema não está clara (AGUILÓ-REGLA, 2013). E, nesse caso, a liberdade precisa ser trabalhada em favor de dessa percepção de dever e responsabilidade.

O consentimento em torno da responsabilização e da reparação é o cerne da liberdade como princípio da mediação. O consentimento diminui a necessidade de coercitividade, porque reduz as tensões ou posições antagônicas e assegura maior respeitabilidade ao acordo. Ele possibilita a reconciliação não coercitiva das pessoas em torno de seus interesses e necessidades, a partir da identificação de vantagens mútuas como condição preestabelecida para a interação. É que, em situações em que há restrições individuais em troca de benefícios mútuos, a reconciliação somente pode ser obtida por meio de uma negociação racional, na medida em que as condições de discurso são previamente estabelecidas e demandam uma adesão das partes (GAUTHIER, 1987; HABERMAS, 2012; ALEXY, 2009; 2013; BECKER, 2018).

Para conseguir adesão, porém, deve haver confiança. A confiança, aliás, é um elemento central na produção do acordo que resolve o conflito. No primeiro momento, a confiança que se pretende é apenas no procedimento. As partes precisam confiar que o procedimento é capaz de fornecer mecanismos discursivos adequados para uma discussão voluntária ou consentida que, em alguma medida, possa ser vantajosa.

³²⁸ Tyler (2011) assevera que a efetividade do sistema legal depende, ao menos em parte, da boa vontade dos cidadãos em consentir voluntariamente para a operação das autoridades legais e cooperar ativamente com elas.

³²⁹ Aliás, os atos de reconhecimento sinalizam e são percebidos como legítimos quando são livres e espontâneos ao mesmo tempo e não apenas derivam apenas de um cumprimento de uma obrigação legal ou mesmo a partir de parâmetros de justiça e dever, consoante observou Godbout (1998) sobre a dádiva.

Contudo, a confiança volta à cena em outro momento, que é justamente o momento da negociação entre as partes. Uma parte precisa confiar que a outra também está disposta a restringir seus interesses em favor de benefícios mútuos.

E isso depende não apenas do reconhecimento do sujeito como uma pessoa portadora de direitos, com autoridade para realizar seus próprios interesses e necessidades no plano institucional, mas, principalmente, como sujeito ético, que orienta suas ações em uma comunidade de interesses compartilhados e que se respeita e respeita o outro como sujeito moral – enquanto ser que compartilha uma humanidade comum e que é merecedor de compromissos morais (FORST, 2010).

Aliás, consoante ressaltou Cardoso de Oliveira:

[...] o não reconhecimento do valor ou da identidade/substância moral do interlocutor estimula a negação de sua dignidade, podendo inviabilizar o seu tratamento como um igual ou como uma pessoa/ser humano respeitável, igualmente merecedor de atenção, respeito e consideração (2002, p. 106-107).

4.1.2.1 Autonomia: da moralidade à eticidade

O processo de mediação levado a sério como um processo ou solução autocompositiva invoca a liberdade como manifestação da vontade ou poder de decidir sobre algo. Uma autoridade sobre si próprio que pode levar o sujeito até mesmo a se autoatribuir constrições, como um elemento coercitivo de subordinação de natureza individual ou subjetiva em favor de obrigações de justiça (FORST, 2010).

A ideia de autonomia aqui compreendida, quando cotejada à luz do procedimento de mediação como um discurso ético (HABERMAS, 1992), contudo, precisa ser entendida como fruto de relação intersubjetiva construída a partir do procedimento e, como tal, revela um caráter bilateral em que a liberdade de um está diretamente atrelada à liberdade do outro.

Nesse sentido, deve-se ter em vista que a liberdade ou autonomia no plano do procedimento pressupõe duas fases distintas. A primeira consistente na adesão ou no consentimento em torno do procedimento. Sem um acordo prévio sobre a participação no procedimento não há mediação. Nesse caso, a autonomia não é propriamente intersubjetiva, uma vez que uma das partes pode simplesmente renunciar ao direito ao próprio procedimento, ou seja, o direito de participar da mediação e, por conseguinte, preferir que o conflito seja resolvido por um terceiro imparcial ou, ainda,

simplesmente decidir submeter-se às necessidades e interesses de quem se julgou ofendido.

Por outro lado, a autonomia deriva da intersubjetividade quando ambas as partes manifestam suas vontades em relação ao objeto do litígio e combinam uma solução que mais lhes convém. A conciliação pressupõe que as partes possam falar por si próprias e devem se sujeitar às regras por elas mesmas estabelecidas. Elas precisam ser capazes de dar um consentimento dotado de autoridade (FISS, 1984; 2007) jurídica e moral. Em outras palavras, a liberdade jurídica e moral experimentada em processos de mediação deve possibilitar que as partes renunciem às convenções impostas em favor de uma revisão reflexiva sobre o objeto do litígio (HONNETH, 2015).

O processo de mediação, como uma instituição relacional (PARSONS, 1991) ou esfera ética (HEGEL, 2010) regulada pelo Estado, ao atribuir à norma penal compartilhada um conteúdo negociável, precisa permitir por parte dos sujeitos envolvidos um distanciamento egocêntrico ou uma tomada de posição moralmente fundamentada, que os habilita a tecer considerações sobre o objeto do conflito, desde que a relação institucional esteja pautada por normas de reconhecimento recíproco. Aliás, a consideração recíproca é condição indispensável para dar sentido de justiça ao conteúdo posto na norma penal (HONNETH, 2015), uma vez que experiências de justiça são aquisições pessoais (ACORN, 2004).

Como o dano provocado pelo crime não é apenas material (monetizável), mas também um prejuízo moral, para que a reparação seja completa, ela precisa reparar as perdas da vítima não somente no que diz respeito aos aspectos econômicos, mas também restabelecer a segurança e reafirmar que seus direitos serão doravante respeitados. Para ser reconfortada, a vítima precisa acreditar que a atitude de arrependimento e reconhecimento de sua legitimidade foi livremente expressada e que há uma intenção de corrigir o abuso ou insulto à sua pessoa. Por isso, a reparação, sobretudo no que diz respeito aos aspectos morais, não pode ser imposta coercitivamente pelo Estado, uma vez que a vítima precisa confiar que o ofensor compartilha de padrões morais adequados (DAVIS, 1992) e que este o reconhece (vítima) no debate como um interlocutor legítimo e digno de consideração (AGUILÓ-REGLA, 2013; 2015; CARDOSO DE OLIVEIRA, 2004; 2011).

A nova regulação a ser formulada por meio do intercâmbio de pretensões e necessidades depende, portanto, de uma ação cooperativa, de uma sintonia

intersubjetiva entre os participantes do processo de mediação restaurativa. Em termos práticos, isso implica em alguma forma de reconhecimento/vergonha/culpa por parte de quem praticou a ofensa e algum tipo e de algum grau de compaixão/simpatia/perdão por parte de quem a sofreu (VAN STOKKOM, 2002; 2008), mesmo que isso não se converta em reparação pecuniária ou qualquer coisa do tipo.

É preciso observar, contudo, que em algumas circunstâncias o reconhecimento institucional e de terceiros pode ser mais importante, principalmente quando não há a intenção de obter reparação. O ressentimento por empatia por parte das pessoas que assistiram a agressão e que dão razão ao ofendido pode certamente reconfortá-lo, embora não assegure a reparação de sua dignidade (MAcCORMICK, 2008; STRAWSON, 2008).

4.1.2.2 Autonomia, informação e decisão racional

Como mencionado, a justiça restaurativa pretende, em alguma medida, institucionalizar a autonomia ético-moral. Ela cria para os participantes um tipo específico de relação individual consigo próprio e com outro.

Contudo, ela funciona como um sistema de ação que, no plano institucional, possibilita a liberdade, mas não é capaz de realizá-la, uma vez que aos indivíduos é garantido o poder de se retraírem e se recusarem a exercer essa liberdade (HONNETH, 2015), a exercerem o papel de negociadores e não dialogar. A autonomia moral que a mediação institucionaliza autoriza que os participantes convocados rejeitem o papel institucional que a justiça pública lhes deseja conferir, uma vez que a dignidade precede e está além desses papéis que desempenha e dos fins que persegue. A liberdade para consentir sobre a participação no procedimento é um imperativo do respeito à dignidade dos sujeitos envolvidos³³⁰.

Por isso, as partes devem estar preparadas para escolher racionalmente as opções que lhe são postas. Conhecer as consequências das possíveis escolhas é algo fundamental para o exercício da autonomia. Pessoas, como atores racionais autointeressados, querem minimizar seus custos pessoais e maximizar seus ganhos quando lidam com outros (TYLER, 2003; 2010). Essa concepção utilitarista define o

³³⁰ Sobre a importância da liberdade de consentir, ver Sandel (2005).

bom (o que satisfaz as partes), independentemente do que é correto, ou concebe como moralmente correto o que maximiza o bom ou a utilidade (RAWLS, 2002; BUCHANAN; MATHIEU, 1986)³³¹.

Sob essa concepção, um acordo é bom somente se foi útil ou satisfatório para ambas as partes, a partir de suas preferências ou escolhas individuais, independentemente do que seja correto no sentido da distribuição de responsabilidades. O utilitarismo requer a realização de comparações interpessoais de utilidade³³², o que, a meu ver, a mediação como um processo de negociação possibilita, a despeito de caráter limitado em termos de significado e de reparação.

No processo de mediação, as partes podem realizar o cálculo dos custos e benefícios por meio da modulação de interesses e necessidades dos envolvidos no conflito. Essa prática, aliás, dá suporte às mediações cíveis e negociação de conflitos predominantemente patrimoniais, em que o interesse precede a reparação de sentimentos e direitos. Esse tipo de processo comumente dá origem a compromissos barganhados, mais que a acordos equânimes (CARDOSO DE OLIVEIRA, 1989; 1995).

Tanto no campo dos conflitos cíveis como penais, todavia, o mero cálculo de custos e benefícios no plano dos interesses é insuficiente e, por vezes, inviabiliza o diálogo, sobretudo naqueles casos que envolvem insulto ou ato ostensivo de desconsideração à pessoa do interlocutor (CARDOSO DE OLIVEIRA, 1989; 2008). Isso acontece porque as pessoas esquecem o outro (suas necessidades, interesses e sentimentos). Dito de outro modo, em disputas penais em que a base do conflito são questões de natureza patrimonial (relações comerciais frustradas, partilha de bens,

³³¹ A própria escolha de valores ou princípios morais assumira, portanto, um caráter mais voluntarista que propriamente determinante ou constitutivo. Rawls (2001) sustenta, nesse sentido, que o “eu” é anterior aos fins por ele afirmados e que esses mesmos fins devem ser escolhidos a partir de numerosas possibilidades. As determinações qualitativas de sua identidade, portanto, são escolhidas livremente pelos atores. As partes estão livres para conceber seus planos de vida, de revisá-los e persegui-los racionalmente. Em sentido diverso, sobre a necessidade de que o “eu” esteja vinculado à comunidade (situado), ver Sandel (2005).

³³² Buchanan; Mathieu (1986) aponta que umas das objeções mais técnicas ao utilitarismo estão relacionadas ao fato de que ele requer de nós a realização de comparações interpessoais de utilidade. Ainda que de uma perspectiva limitada de justiça, as regras de equidade, como tratamento com igual respeito e consideração, podem ser vistas como algo que possibilita maximizar os resultados (LERNER, 2003). Desse modo, as pessoas se comprometem com referidas regras porque acreditam que essa é a forma mais proveitosa de atuar, dado a avaliação de custos e benefícios.

p.ex.), o foco na divisão de bens pode inibir ou dificultar uma interação razoável, que respeite a perspectiva do outro.

De outra sorte, a maximização de resultados (bem-estar, felicidade) só afeta os envolvidos ou, no máximo, a comunidade próxima formada por familiares e amigos – e, nesse sentido, tem o potencial de funcionar apenas como um recurso de prevenção local de novos conflitos. Não há, portanto, uma preocupação direta com fins preventivos de dissuasão ou fomento à coesão social ou mesmo de reafirmação do direito, como tradicionalmente pretende o direito penal (ZAFFARONI et al., 2006; BARATTA, 2006; DIAS, 1999; ROXIN, 1997; FERRAJOLI, 2002; JAKOBS, 2009).

Além disso, o utilitarismo não esboça uma distinção fundamental entre pessoas e interesses. Ao mesmo tempo que trata as pessoas como iguais, ele trata os interesses como iguais (RAWLS, 2002; BUCHANAN; MATHIEU, 1986). E isso, na maioria das vezes, funciona pouco no âmbito de discussões em que alguém insulta gravemente o outro.

Uma leitura utilitarista que se julga mais adequada para o processo de mediação é aquela em que a avaliação de custo x benefício se torna para as partes, no nível face a face, um princípio que leva em conta o bem-estar do outro, ou o cuidado. Ela inclui nas preocupações de bem-estar dos outros o comportamento de cobrir suas necessidades, evitar a dor e autorrespeito (HOFFMAN, 2000). As partes necessitam se reconhecer como atores dignos de respeito e consideração suficientes para legitimarem uma negociação. Elas não precisam concordar com tudo, mas precisam conversar. A ideia de que negociar é a chave para resolução do conflito precisa fazer pleno sentido para todos os envolvidos.

Preferências e escolhas racionalmente avaliadas têm de estar apoiadas, portanto, em algum de tipo de compromisso com a reciprocidade. O racional, como veremos mais adiante, precisa estar junto com o razoável.

É certo que a falta de iniciativa da parte para iniciar a mediação, sem a necessidade de um procedimento criminal prévio (termo circunstanciado, por exemplo), não permite revelar, de antemão, uma propensão ou intenção das partes em tentar resolver juntas algo que elas não podem solucionar sozinhas. Ao contrário, as partes procuram a polícia justamente por não quererem ou não saberem como negociar a solução do conflito.

Uma das razões para isso pode ser imputada à falta de socialização das partes em relação ao procedimento, ou seja, falta aos envolvidos disposição e habilidade

para participarem de um tipo de argumentação moral. A própria participação em processos de mediação, nesse sentido, deve ser aprendida (HABERMAS, 1992).

Ao serem chamados à mediação, os participantes são convidados a fazer algo para o qual não estão preparados, emocional ou materialmente. Para negociar, as pessoas precisam estar comprometidas com um tipo particular de comportamento, que é um comportamento cooperativo (MEAKEL-MEADOW, 1984).

4.1.2.3 *Autonomia, equidade e discricionariedade*

A ideia de equidade está diretamente ligada à noção de discricionariedade. Isso porque as construções de soluções equânimes não estão, necessariamente, submetidas inteiramente à vontade da lei, na medida em que a equidade funciona aqui como uma espécie de “corretivo da justiça legal”. A pretensão de equidade do (ou no) procedimento é permitir se alcançar o justo particular por meio da conscientização em torno das necessidades específicas da relação conflituosa (FARAGO, 2004, p. 321)³³³.

As práticas de mediação, como possibilidade de se realizar arranjos informais nos limites da legalidade, assumem, a meu ver, esse sentido de equidade mencionado anteriormente. Em outros termos, do ponto de vista da administração de conflitos por meio da mediação, a discricionariedade como expressão da equidade é necessária para tornar efetiva e aceitável a regra penal no caso concreto que, em última instância, encerra uma obrigação secundária³³⁴ de reparar um mal causado a outra pessoa.

A discricionariedade no âmbito da mediação pode ser identificada como uma discricionariedade forte, no sentido que as partes podem dispor da forma como melhor entendem sobre o conflito, dentro dos limites éticos estabelecidos³³⁵.

Claro que essa forma de fazer justiça tem problemas, sobretudo quando as partes são materialmente desiguais, uma vez que a maximização da utilidade contida

³³³ Cumpre ressaltar que a equidade, como uma forma específica de discricionariedade violaria, em tese, ao menos três princípios do Estado de Direito: a) regularidade (por tratar de maneira diversa as questões relevantes de casos similares); b) publicidade (pelo fato das regras a serem aplicadas não serem conhecidas até a decisão (coletiva) do caso); c) e a generalidade (tendo em conta que a decisão diz respeito ao caso específico e seus aspectos particulares) (SOLUM, 1994; CHASE, 2014). Sobre a discricionariedade da justiça no contexto americano, ver Davis (1971) e Klockars (1985). Sobre a discricionariedade em diferentes âmbitos da prestação de justiça no Brasil, ver entre outros, Muniz (2008); Kant de Lima (1995a; 2008); Barbosa (2014).

³³⁴ A obrigação primária é de não causar o dano.

³³⁵ Mesmo que discursivamente se fale em empoderamento, liberdade e autonomia, essa decisão se submete à supervisão da autoridade pública.

no acordo pode ser apenas aparente: “crescer o bolo para depois dividir”. Uma parte pode sair verdadeiramente prejudicada em seus direitos se não for capaz de calcular adequadamente os custos e benefícios da negociação. Critérios de utilidade nem sempre são adequados para se alcançar justiça no caso concreto, mesmo quando o julgamento de utilidade é feito por aqueles que participam da relação.

É também importante dizer que as mencionadas autonomia e igualdade no procedimento não significam deixar que as partes assinem um mau acordo, uma combinação que prejudique de forma ostensiva seus direitos. Condições procedimentais e regras de discurso são veículos que possibilitam se pensar na abundância (crescer o bolo para depois dividir)³³⁶ em lugar de disputas de soma-zero, em que há vencedores e vencidos.

4.1.3 Justiça e reciprocidade

A ideia de reciprocidade está diretamente ligada a uma condição de igualdade e liberdade das partes, uma vez que, se A é mais forte do que B, aquele pode impor ou forçar que A o beneficie com pouco ou sem qualquer ato de reciprocidade (GOULDNER, 1960). Para que as partes possam se entender verdadeiramente e de forma satisfatória em um procedimento formal discursivo, as partes devem estar em igualdade de condições e serem livres para falar e decidir o que querem (HABERMAS, 1992).

Esse modelo invoca a ideia hegeliana de reconhecimento recíproco como uma chave para o exercício da liberdade. Mas não como uma liberdade meramente reflexiva, em que o sujeito formula de forma autônoma seus desejos, e sim como uma liberdade intersubjetiva, em que os sujeitos reconhecem a necessidade de complementariedade de seus interesses por meio da interação. É na interação, no frente a frente que os sujeitos serão capazes de confrontar seus objetivos. É no comportamento do outro que a parte pode avaliar suas aspirações e desejos e verificar a compatibilidade destes com os seus. A experiência de reciprocidade é a única

³³⁶ Essa ideia, reproduzida nos manuais de mediação, suscita a possibilidade de se obter benefícios mútuos, notadamente econômicos, por meio do diálogo e da cooperação. Contudo, no plano dos conflitos penais, essa ideia precisa ser adaptada para se compreender esses ganhos como algo para além simples compensações monetárias. A abundância, nesse caso, pode significar um conjunto de ganhos morais, com reflexos para a relação particular e para a convivência social.

maneira de a contraparte ver realizados seus desejos e objetivos (HONNETH, 2015) por meio de relações de confiança e respeito mútuo.

As reciprocidades que se sustentam no reconhecimento mútuo são pressupostos pragmáticos do procedimento e são inerentes às argumentações orientadas ao entendimento experimentadas no ambiente discursivo (HABERMAS, 2012). Por isso, o sucesso do procedimento se sustenta na atitude de cada um dos envolvidos em “reconhecer-se reciprocamente como outros de si mesmo” (HONNETH, 2015, p. 87), a fim que o diálogo flua e elas possam perceber no outro uma condição para realização de seus próprios fins.

Embora se reconheça a importância da questão da reciprocidade ao longo do tempo, esse é certamente um dos conceitos sociológicos mais ambíguos e obscuros (GOULDNER, 1960). Uma ideia tradicional de reciprocidade é aquela que lhe atribui uma importante condição para o equilíbrio e coesão sociais, na medida em que todo contato entre pessoas pressupõe um esquema de dar e receber de forma equivalente, como fruto de uma obrigação externa ou dever (GODBOUT, 1998).

A reciprocidade, nesse sentido, está relacionada à maneira ou à medida como devemos responder quando alguém nos presta um favor ou nos causa um prejuízo (SCHMIDTZ, 2009). Com isso, ela supõe equilíbrio e harmonia, que são traduzidos em termos justiça (ou equidade) no sentido de que: alguém ganha o que merece quando é premiado ou recompensado por bons atos e punido por atos ruins (HOFFMAN, 2000). Na medida do possível, a retribuição deve ser proporcional ao bem ou mal recebido (BECKER, 1986), o que nem sempre é fácil em situações particulares.

Do ponto de vista dessa concepção, as relações de reciprocidade refletem um ideal de sociedade orientada para cooperação e a obtenção de vantagens mútuas, que funcionam como um importante elemento de justiça (SCHMIDTZ, 2009). No caso específico da mediação, a reciprocidade se apresenta como um elemento funcional na elaboração de um espaço institucional de liberdade e na promoção de justiça entendida como construção intersubjetiva. Sem ela, não há que se falar em formulação de acordos equânimes, na medida em que o reconhecimento recíproco é indispensável à autorrealização individual (HONNETH, 2007).

Assim, a mediação busca resgatar a reciprocidade como um elemento de conformidade em relações de mútua dependência (MALINOSWKI, 2008), no sentido de que as partes percebam que é importante respeitar o outro e de que a eventual

falta de respeito pode importar em penalidades. O efeito pretendido com esse entendimento é despertar obrigações morais, no sentido de que benefícios concedidos ou prejuízos causados podem importar em responsabilidades ou deveres de retribuir/reparar³³⁷. O sentido de justiça aqui correlaciona direitos e obrigações.

A meu ver, o procedimento da mediação, como um componente da estrutura básica da justiça pública, deve incentivar atitudes de reciprocidade. A reciprocidade enquanto um valor, quando incorporada a uma instituição, tem muito a dizer sobre ela. Mas a reciprocidade que a mediação restaurativa reivindica não é a mesma do processo penal tradicional. Ou, pelo menos, não deveria ser.

Quando uma pessoa agride a outra, a balança moral entra em desequilíbrio. A maneira que o direito penal propõe para reequilibrar a balança é atribuir ao agressor uma pena proporcional ao dano³³⁸ (DIAS, 1999; 2007; ZAFFARONI et al., 2006; FERRAJOLI, 2002). Contudo, em lugar da reciprocidade primitiva³³⁹ típica do modelo retributivo do processo penal “olho por olho, dente por dente” ou um “querer justiça”, no sentido de que espero que a sociedade faça alguma coisa proporcional ao bem ou valor que me foi arrebatado (TELLES JÚNIOR, 2001, p. 357) e de uma reciprocidade estratégica (no sentido de que “é dando que se recebe”), de negociações puramente fundadas em interesses, o discurso da mediação precisa internalizar e estruturar um tipo de reciprocidade qualificada moralmente.

A substituição de formas de reciprocidade primitiva por uma reciprocidade fundada em valores, de forma real e possível, é o objetivo a ser perseguido pela justiça restaurativa (SCURO, 2004). Sob essa perspectiva, em lugar do delito gerar com consequência natural uma obrigação, representada pela culpa e a dívida, como ocorre na justiça retributiva³⁴⁰, o sentido de justiça que emerge da justiça restaurativa em termos de obrigação derivada dos direitos afetados é outro.

³³⁷ A reciprocidade, vista sob essa perspectiva, dá ênfase aos direitos e não apenas aos interesses, ou seja, ela promove o direito/dever de dar ou retribuir como uma obrigação moral e não apenas uma “*divisão de trabalho*” (GOULDNER, 1960), em que se posicionam em lados opostos autor e vítima em um procedimento, a fim de resolvam seus conflitos com as ferramentas que lhe são oferecidas.

³³⁸ Contudo, essa forma tradicional de retribuir, imposta verticalmente e de inevitável repressão (SBRICCOLI, 2004), não é única e, muitas vezes, não é mais adequada para atender a parte prejudicada (ZEHR, 2008; UMBREIT, 1998; BIANCHI, 1984; CHRISTIE, 1977; HULSMAN e CELIS, 1993; BARATTA, 1999; 2006).

³³⁹ Sahlins (2004) usa a expressão reciprocidade negativa, a partir de Gouldner, para falar dessa forma de reciprocidade orientada para o autointeresse ou a busca de resposta à agressão de maneira equivalente.

³⁴⁰ A ideia de dívida está relacionada ao compromisso com a pessoa ofendida, enquanto que a ideia de culpa, na perspectiva criminal, está relacionada com a ideia de infração a conduta proscria pela lei que afeta um bem jurídico abstrato.

O procedimento da mediação no campo penal abre espaço para se esperar um tipo de reciprocidade que vai além de trocas simétricas, em que a reparação deve ser necessariamente equivalente ao prejuízo e com o objetivo exclusivo de saldar uma dívida (GODBOUT, 1998). Outra forma de pensar a reciprocidade, que faz muito sentido no plano dos conflitos penais sujeitos à mediação restaurativa, é o que Schmitdz (2009, p. 125) denominou de “reciprocidade transitiva”³⁴¹. A obrigação de justiça, que, embora também esteja correlacionada a direitos, demanda que os ofensores compreendam e reconheçam o mal que causaram e, em seguida, adotem medidas, mesmo que incompletas e simbólicas, para corrigi-lo (ZEHR, 2008).

Nesse sentido, aquele que causou um prejuízo tem a obrigação de corrigi-lo nos termos e condições possíveis e desejadas. Contudo, na perspectiva da reciprocidade transitiva, dá-se mais importância à consideração ou ao valor da atitude que a devolução do gesto de forma equivalente (SCHMITDZ, 2009). Ou seja, refere-se menos à devolução de um favor (ou mal) que à maneira de o honrar ou, no caso de atitudes ofensivas, refere-se menos à compensação punitiva (multa, reparação pecuniária ou cumprimento de pena) que ao reconhecimento do mal causado por meio do arrependimento e pedido de perdão.

A reciprocidade, nesses termos, constringe-nos a reparar – não importa o conteúdo da reparação –, quando a dinâmica emocional ou racional da relação experimentada no processo é capaz de acionar sentimentos como culpa, vergonha e arrependimento e também o perdão em lugar de desejos de vingança e punição. Ou, ainda, quando a incerteza da relação conduz o interlocutor agir de maneira espontânea e livre em favor de uma retribuição percebida mais como uma obrigação interna que a observância de um interesse ou obrigação externa (GODBOUT, 1998).

A reciprocidade, sob essa perspectiva, pressupõe uma situação de potencial benefício mútuo e situa a moralidade dos acordos como condição de equidade que informa as relações de troca³⁴². Por isso, a restituição esperada é aquela em que o “ofensor dá algo de si mesmo” e que, portanto, constitui uma forma não punitiva de reparação que está além do pagamento em dinheiro (SCHWEGEIRT, 2002, p. 4).

³⁴¹ Ou, em alguma medida, o que Mauss (1974) denominou de dádiva, no sentido de negar as equivalências mecânicas, o cumprimento de uma mera obrigação, o pagamento de uma dívida ou da certeza de um contrato.

³⁴² Ver, nesse sentido, Rawls (2002); Sandel (2005).

4.1.3.1 *Percepções de justiça e reciprocidade*

A moralidade do procedimento, dessa perspectiva de reciprocidade, postula substituir o agir meramente estratégico (fundamentado apenas no autointeresse) por um agir comunicativo fundado em um princípio de reciprocidade universalizada (todo aquele que cometeu uma ofensa injusta deve reparar o dano) por meio do desenvolvimento ou do despertar da consciência moral (HABERMAS, 2012; RAWLS, 2001; 2005). Em outras palavras, a adoção de um posicionamento moral, com ou sem razões externas (convenção, obrigação legal etc.), obriga os envolvidos a limitarem considerações de interesse pessoal (ALEXY, 2013), uma vez que a função da moral é correlacionar nossos sentimentos e conduta de tal maneira que o cumprimento dos fins e desejos de cada um torne-se tão compatíveis quanto possível.

A cooperação no processo de mediação não constitui uma mera atividade coordenada a partir de ordens de uma autoridade, mas sim uma atividade regulada por regras e condições aceitas e consideradas adequadas por aqueles que participam do procedimento (ALEXY, 2014; HABERMAS, 2004; 2012)³⁴³. Regras e condições essas que especificam uma ideia de reciprocidade em que cada participante é capaz de identificar os benefícios de participar do procedimento e obter algum tipo de vantagem ou bem racional (ou razoável) por fazer parte dele (BUCHANAN, 1990).

O apelo a considerações de caráter moral pretende justamente evitar o sofrimento desnecessário a partir da satisfação harmoniosa de desejos e interesses (TOULMIN, 2003). O procedimento, assim, assume um caráter de estratégia moral para superar os impedimentos ou as resistências, fundamentadas no dissenso estabelecido pela ofensa, para discussão em termos de direitos e também de interesses. Tanto no que diz respeito às concepções individuais de bem que cada indivíduo carrega enquanto ser autônomo, como em relação às constrições morais relativas à concepção de justiça como correção.

Cabe, portanto, ao procedimento enfatizar a possibilidade de motivar reações diferentes sobre a percepção do que é justo e possível de ser feito. Uma das formas de se fazer isso é por meio da criação de um ambiente favorável à empatia. A empatia pode dar conteúdo à reciprocidade, no sentido de reconhecer outro como um

³⁴³ A cooperação reivindica termos justos, ou seja, condições mediante as quais todos que participam possam razoavelmente aceitar (ALEXY, 2009; 2014; RAWLS, 2002; 2005; HABERMAS, 2012). A cooperação deriva de uma identidade de interesses em torno da possibilidade de solucionar o conflito mediante um acordo.

interlocutor legítimo no debate como relação social (CARDOSO DE OLIVEIRA, 1989; 2011; AGUILÓ-REGLA, 2013; 2015) e motivar alguém a agir no interesse de todos os envolvidos e, com isso, opera contra os poderosos motivos egoísticos das pessoas (HOFFMAN, 2000).

Contudo, é comum que as partes nunca achem que foram elas que iniciaram o conflito. Estereótipos e racionalizações são frequentemente acionadas com o objetivo de desviar o foco sobre a responsabilidade³⁴⁴. Por isso, a dificuldade de identificar ou de se assumir a responsabilidade por gesto ou atitude de agressão fomenta um círculo vicioso de violência que precisa ser rompido durante a mediação (VAN STOKKOM, 2008).

O desejo de acreditar da pessoa de que obteve o que considera merecido influencia tanto as ações restaurativas como julgamentos sociais, incluindo diminuição ou desconsideração da vítima inocente por sua sanidade ou decência. Quando alguém ganha mais ou menos do que considera que merece, pode se sentir injustiçado, ressentido, com raiva ou enganado (FOLGER; CROPANZANO, 1998; HOFFMAN, 2000).

Ocorre que as pessoas tendem a acreditar que conseguiram o que merecem ou mereceram o que obtiveram se elas percebem que são incapazes de restaurar/reparar os prejuízos causados por suas ações. Com isso, da parte do agressor, ele tenta persuadir ou convencer a si mesmo de que as vítimas mereceram o sofrimento que receberam. Já os ofendidos, buscam ser convencer de que serão compensados posteriormente, provavelmente em outra vida (LERNER, 2003).

Contudo, é preciso se ter claro que a correção ou reparação é algo central para a justiça. Reparar a ofensa não é opcional ou periférico, mas uma obrigação. No entanto, a ênfase sobre a responsabilização e a reparação enquanto dimensão normativa do conflito não postula uma necessária correlação ou equivalência. Não quando as partes conseguiram compreender adequadamente as razões, motivos e intenções de cada um.

Uma dimensão ético-discursiva modulada para funcionar sem coerção permite que as trocas desiguais sejam entendidas como uma diferenciação justificada em termos de justiça. Contudo, reciprocidade pressupõe que cada parte tenha direitos e

³⁴⁴ Por exemplo, por meio do recurso a técnicas de neutralização, como se mencionou anteriormente.

deveres como atores sociais. Obrigações de dar, receber e retribuir constituem as chaves para a vida em sociedade (MAUSS, 1974; GODBOUT, 1998).

Cumprir ressaltar, todavia, consoante se observou na prática da mediação, que o tempo dedicado a cada sessão de mediação é muito pequeno para se elaborar compreensão e suscitar respostas mais adequadas atinentes a problemas mais difíceis de resolver. Trata-se de um entrave procedimental que pode comprometer formas menos mais, digamos, espontâneas e desinteressadas de reciprocidade.

Além disso, é preciso refletir sobre o tipo de relacionamento que as pessoas mantêm entre si. A distância do relacionamento (próximo ou distante, ocasional) seria especialmente relevante para a forma de reciprocidade. Situações de parentesco revelariam um tipo de reciprocidade em que pessoas estariam mais dispostas a sacrificar seu autointeresse em favor dos outros. Em relações distantes, ao contrário, as pessoas estariam mais dispostas a buscar seus interesses próprios e menos propensas a tolerar perdas e ganhos³⁴⁵ (SAHLINS, 2004). É o que aconteceu, por exemplo, no caso que denominei “Tomando as dores”, em que o sobrinho abriu mão de qualquer reparação de seu tio em favor da família.

4.1.3.2 *Reciprocidade ou complementariedade?*

É preciso observar, contudo, que as práticas de administração de conflitos interpessoais trazem à tona uma dimensão do vivido que Habermas e Honneth têm dificuldade de captar na sua integralidade (CARDOSO DE OLIVEIRA, 1995; 2011). Por isso, a ideia maussiana de reciprocidade, englobada pela discussão sobre a dádiva, apontaria caminhos mais promissores ao mostrar como obrigação e espontaneidade (ou gratuidade) se articulam, de modo a viabilizar uma visão mais rica sobre a dignidade e suas implicações para as concepções de igualdade.

Essa concepção de reciprocidade se sustenta no fato de que uma condição para o reconhecimento pleno da dignidade do interlocutor é a *incerteza* constitutiva³⁴⁶ em relação as relações de troca. Na análise que fez sobre instituto da dádiva proposto por Mauss e suas implicações para questões que envolvem reciprocidade nas relações, Godbout (1992; 1998) concluiu que sem dúvida (incerteza) na relação não

³⁴⁵ Esse tipo de análise é importante porque, consoante asseverou Tiveron (2004), a grande maioria dos conflitos submetidos aos centros de justiça restaurativa no DF são entre pessoas próximas ou que se conhecem.

³⁴⁶ Ver Godbout (1998).

há dádiva e sem dádiva não há um reconhecimento genuíno do outro. E, quanto maior a incerteza sobre o reconhecimento do outro, mais significativo ele é (CARDOSO DE OLIVEIRA, 1996).

Em primeiro lugar, essa ideia de incerteza vai de encontro ao sentido de certeza do processo decisório que orienta os processos institucionais de administração de conflitos, em que um terceiro dotado de autoridade irá decidir o conflito de maneira correta, mesmo que a decisão correta não seja a desejada pelas partes (LUHMANN, 1980).

Essa diferença não seria um problema se considerarmos que a mediação pretende ser um outro tipo de processo e administrar os conflitos interpessoais a partir de outros pressupostos e valores.

Contudo, embora se possa concordar que a reciprocidade fomentada pela incerteza poderia, no plano ideal, fornecer condições de trocas espontâneas e gratuitas – aliás, como em toda situação idealizada de cooperação³⁴⁷ –, como fruto de um sentido mais amplo de liberdade e como tentativa de quem retribui de dar sentido a sua própria identidade, entende-se que, do ponto de vista institucional, as partes devem guardar uma prerrogativa (razoável) de perseguir seus próprios interesses e de não se abandonar à incondicionalidade. O que não significa dizer que não haja reciprocidade.

Com todas as suas limitações, no sentido de aumentar as relações sociais e o sentido de comunidade, a reciprocidade também pode derivar de trocas equivalentes, calculáveis, de motivações externas e uma ordem de necessidade (GOBBOUT, 1998). Essa relação de interesses supõe uma reciprocidade mínima (SABOURIN, 2008).

Embora forma nessa forma de reciprocidade possa estar ausente a preocupação pelo outro, entendida como condição capaz de produzir valores afetivos ou éticos como a paz, a confiança, a amizade e a compreensão mútua³⁴⁸ (MAUSS, 1974), trocas desse tipo estabelecidas no âmbito da mediação podem poupar os envolvidos da violência e suprir alguns de seus interesses próprios.

³⁴⁷ Em alguma medida, consoante propõe, por exemplo, Rawls (2002).

³⁴⁸ Mauss dá o nome polinésio de *mana* ao laço de energia espiritual entre os atores da dádiva, fruto das obrigações de dar, receber e retribuir que acompanha as relações de reciprocidade. A retribuição da dádiva seria explicada pela existência dessa força, dentro da coisa dada: um vínculo de almas, associado de maneira inalienável ao nome do doador, ou seja, ao seu prestígio (SABOURIN, 2008).

No que diz respeito às relações sociais concretas, que são reproduzidas nas situações de encontro proporcionadas pelas audiências de mediação, a ideia de reciprocidade não precisa ser compreendida na forma do tudo ou nada, ou seja, uma parte não dar nada em troca de um benefício recebido (mesmo que a retribuição seja um gesto de perdão). A reciprocidade não está simplesmente ausente ou presente, mas pode ser quantitativamente variável em cada caso (SCHIMIDTZ, 2009).

De igual forma, a exigência de uma troca de benefícios idêntica ou igual é por demais estranha em termos de distribuição de justiça. Trocas desiguais são compreensíveis em situações em que uma das partes precisa ser compensada pelos prejuízos sofridos pelas agressões ou lesões aos seus direitos. Não se trata de uma exploração ou utilização do outro, mas de uma recomposição não simétrica ou equivalente dos danos individualmente considerados.

Um argumento central que se sustenta aqui é que ofensores precisam ser incentivados ou motivados a perceberem e/ou aceitarem suas obrigações, a partir da compreensão da qualidade moral da ação ou da dimensão normativa do conflito. Ou melhor, os ofensores precisam de alguma forma compreender que feriram ou prejudicaram alguém (ainda que as ofensas sejam mútuas) e que essa atitude demanda reparação, restituição ou recomposição.

Esse reconhecimento do abuso, que demanda uma avaliação das atitudes que eventualmente negaram ou afetaram certos direitos, precisa ocorrer ainda que isso importe em algum tipo de coerção (ZEHR, 2008). Do ponto de vista institucional, a reparação não pode depender apenas do arrependimento do agressor, ou do eventual cumprimento de obrigações espontâneas, ainda que obrigações espontâneas sejam preferíveis do ponto de vista das trocas sociais e da constituição de relações sociais mais fecundas.

Por isso, o estímulo ou motivação externa, como a informação sobre as eventuais consequências de um acordo compensatório (reparação e restituição), são por vezes úteis e necessários. Porém, a fim de superar as reações mais imediatas e avaliações mais simples sobre as formas de se fazer justiça (retribuição de um mal, vingança), é preciso que haja tempo e incentivo para se gerar uma resposta refletida. Uma resposta refletida suscita compaixão e cuidado com o outro, sobretudo quando percebido como inocente ou a agressão é percebida por quem a praticou como injusta (LERNER, 2003). As pessoas precisam estar convencidas de que são capazes de

reparar o dano ou compensar a vítima por meio de ações restaurativas e as vítimas precisam querer serem reparadas.

Como mencionado anteriormente, o procedimento da mediação abre espaço para um tipo de reciprocidade diferenciado, em que as partes se sintam internamente obrigadas a reparar o dano não como pagamento de uma dívida, mas como dever que decorre da identidade de membro de uma mesma comunidade (GODBOUT, 1998). Contudo, em termos procedimentais, não se pode esperar sempre a existência de reciprocidade como um gesto de nobreza ou de generosidade incondicional ou unilateral expressa, por exemplo, na fórmula cristã de “dar a outra face” (GOULDNER, 1960, p. 164). O procedimento de mediação deve se valer, quando necessário, de outros mecanismos compensatórios para favorecer ações recíprocas. Motivações externas, ainda que se afastem da perspectiva da dádiva (obrigações espontâneas e gratuitas) e deixem um pouco de lado aspectos de cuidado e solidariedade, são necessárias do ponto de vista da justiça.

Se alguém me dá um soco no rosto depois de eu ter lhe ofendido verbalmente e machuca a mão, isso não significa necessariamente, em termos de justiça, considerar que ele deva me indenizar pela dor e vergonha que a agressão me causou e que eu deva arcar com as despesas médicas que ele teve com a lesão em sua mão. É que durante a mediação as partes terão de negociar não apenas os aspectos materiais da reparação, mas o próprio sentido dado à interação, ou seja, as intenções, as justificações e a proporcionalidade da ação. Se eu entendo que a minha agressão verbal justificou a reação violenta de meu oponente, eu posso simplesmente perdoo-lo. De outro lado, se ele entende que, mesmo justificada a reação, essa foi desproporcional, meu agressor pode entender que não há por que cobrar as despesas médicas necessárias para reparar a lesão na mão.

Contudo, se meu agressor houvesse me agredido sem qualquer manifestação prévia e viesse a lesionar a mão, não há que se falar que meu direito de pedir reparação implica, necessariamente, em um dever qualquer de reparar o prejuízo sofrido por meu agressor. No caso, o direito de ser reparado não importa um dever de reparar, de pedir desculpas pela mão lesionada ou de oferecer a outra face. Nesse sentido, mais do que uma ideia de reciprocidade, a relação em questão se consubstanciaria em uma relação de complementariedade, ou seja, de um direito (lesão) deriva um dever (reparação). Direitos e deveres em situações conflituosas não têm, obrigatoriamente, uma relação de transitividade (SCHMIDTZ, 2009).

O que se espera de forma equivalente sempre é respeito e consideração à dignidade da pessoa do interlocutor. Ações espontâneas, gratuitas e não equivalentes podem e devem ser incentivadas – e o ambiente da mediação favorece isso. Contudo, em favor de um equilíbrio moral entre as partes (STOKKOM, 2002; 2008), de um ponto de vista institucional, práticas restaurativas não podem abrir mão de incentivos ou motivações externas; motivações essas que, preferencialmente, devem ser não coercitivas de modo a não se reificar soluções barganhadas (reparações genéricas comumente desvinculadas dos prejuízos reais à relação), como forma de incentivar um alto grau de responsabilidade (reconhecimento, consideração, reparação, satisfação) (CARDOSO DE OLIVEIRA, 1989; 1995). Mas, se as motivações não coercitivas não funcionarem, outras formas de convencimento precisam aparecer no debate. A responsabilização é algo que não pode faltar.

4.2 DO RACIONAL E DO RAZOÁVEL

O que vimos até aqui é que o procedimento da mediação pretende criar um ambiente de mútuo reconhecimento, que busca conciliar tanto aspectos estruturais de vida boa, como também aspectos particulares ou concepções individuais de bem de cada participante e uma forma correta de viver a partir de critérios morais. De um lado, a preocupação está na elaboração de compromissos de paz social e segurança³⁴⁹, expressamente consignados no contexto dos acordos de mediação restaurativa; de outro, na harmonia moral entre as concepções impessoais e pessoais de cada participante.

Do ponto de vista liberal, essa concepção assume possibilidades de diferentes concepções do bem, até mesmo contraditórias e incomensuráveis, mas que são compatíveis com a racionalidade das pessoas humanas (RAWLS, 1992). Concepções diferentes que serão refletidas e discutidas em um ambiente institucional que permita às partes promover em conjunto um entendimento sobre elas (HABERMAS, 2012), a partir da avaliação consciente de seus custos e benefícios, mas sem deixar de levar em conta as demandas de reconhecimento e de reparação de direitos (CARDOSO DE OLIVEIRA, 2008; 2010; 2011).

³⁴⁹ Compromissos esses que correspondem à categoria discursiva “compromissos futuros” na mediação aplicada pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal.

Essa ideia de paz por consenso representa o conteúdo ou substância moral que o procedimento da mediação pretende assegurar. Conteúdos morais esses que compõem o contexto da justiça restaurativa e que representam um projeto concreto de vida comunitária (UMBREIT, 1998).

Uma negociação que verse apenas sobre interesses, é, muitas vezes, carente de sentido de justiça. Portanto, mais do que a compreensão clara do que se quer, no sentido de uma apresentação e discussão de interesses, o que se espera do procedimento é razoabilidade, no sentido de se ponderar o que é correto a ser feito. Um procedimento que guarda razoabilidade³⁵⁰ permite a articulação de diferentes pontos de vistas de forma mais equilibrada³⁵¹ e voltada para o entendimento entre os interlocutores.

Desse modo, em vez de um debate fundamentado em uma racionalidade meramente estratégica, em que cada interlocutor está orientado para o próprio êxito e, conseqüentemente, não tem preocupação em apresentar argumentos genuínos, dotados de veracidade ou sinceridade, o procedimento da mediação invoca um tipo de racionalidade comunicativa, orientada para a cooperação e o entendimento, em que se espera dos interlocutores compromissos de veracidade, sinceridade e confiabilidade na argumentação e uma disposição sincera em cooperar em torno da busca de uma solução para o problema (AGUILÓ-REGLA, 2015; 2018; HABERMAS, 2012).

Nesse sentido, um procedimento que pretende instituir um ambiente discursivo capaz de resolver de forma profunda e duradoura conflitos precisa assegurar, em alguma medida, compromissos de razoabilidade (acordo orientado por valores e não apenas por interesses)³⁵². Ou seja, toda discussão em torno do conflito e, principalmente, a decisão produzida de forma dialógica precisam, em alguma medida, levantar uma pretensão de justiça ou correção na reparação de direitos.

Ao invocar a racionalidade (como razoabilidade) na prática no discurso da mediação, como um processo de correção prática entre facticidade e idealidade, essa teoria moral procedimental da mediação, que defendo aqui, constituiria uma

³⁵⁰ A razoabilidade aqui entendida incorpora o sentido de uma preocupação com a forma correta de viver. Em outros termos, a razoabilidade tem uma natureza moral e está ligada à ideia do correto e do bom (ALEXY, 2009). Sobre a distinção entre racional e o razoável, ver Rawls (2005).

³⁵¹ O equilíbrio na consideração das razões é a essência da razoabilidade (ALEXY, 2009).

³⁵² Alexy (2009; 2014) defende um uma ideia de racionalidade que inclui a razoabilidade. Nesse sentido, racionalidade acrescida do adjetivo prática na concepção dele seria sinônimo de razoabilidade.

alternativa a ação estratégica (competição; dissenso) em favor de uma ação comunicativa.

Como concepção de discurso, a razoabilidade exige a consideração da pluralidade de fatores e valores e a ponderação de cada ponto de vista de acordo com sua importância para a construção da solução do litígio (ALEXY, 2009). Ou seja, em alguma medida a razoabilidade reivindica uma articulação entre o bom senso e consenso no procedimento.

A moralidade aqui não funcionaria como uma restrição racional sobre perseguir interesses próprios, mas como um critério de correção prática do direito e modulador da razão.

Além de elemento ou critério para resolução do conflito, a observação da razoabilidade³⁵³ do procedimento também tem a pretensão de funcionar como um critério de avaliação da correção dos acordos, como forma de verificar como e em que condições os valores foram acionados e as obrigações definidas (ALEXY, 2009). De igual forma, a razoabilidade também serve como parâmetro para avaliar a existência de desacordos razoáveis, em que diferentes concepções ou pontos de vistas se enfrentam sem invalidar o procedimento ou comprometer as regras de discurso (RAWLS, 2005)³⁵⁴.

É preciso destacar, todavia, que racionalidade e razoabilidade não são suficientes para assegurar a cooperação e a reciprocidade. Assim, a opção por um discurso racional como razoável (ALEXY, 2009; RAWLS, 2005) representa apenas uma tentativa de solucionar a controvérsia. Interlocutores podem manter posições antagônicas e sustentar controvérsias, ainda que se reconheçam como partes legítimas. O desafio é o de colocar todos participantes em condições de aclarar o problema e encontrar uma solução de forma cooperativa (AGUILÓ-REGLA, 2013; 2015).

Um caso que ilustra isso foi o que denominei de “Rolo, rolo e mais rolo”. Nesse exemplo, Jerônimo e Florêncio, para além da imputação do crime de ameaça por parte do primeiro em relação ao segundo, apresentaram discordância entre eles sobre qual seria o valor correto devido por Jerônimo a Florêncio em razão da venda do veículo.

³⁵³ Alexy (2009) define a razoabilidade como uma concepção normativa.

³⁵⁴ A razoabilidade como fundamento ou ideia regulativa do procedimento requer que todas as razões (pluralidade de fatores/questões ou interesses/valores) que possam de alguma forma ser relevantes devem ser consideradas e que o equilíbrio na decisão possa ser obtido a partir do peso ou relevância de cada uma das razões expostas na situação dependente do contexto (MAcCORMICK, 2008).

Enquanto que o primeiro afirma que deve ao vendedor apenas o valor de R\$ 2.000,00, o segundo afirma que o valor a receber gira em torno de R\$ 5.000,00 a R\$ 7.000,00.

Ainda que o ressentimento provocado pelo insulto derivado da acusação de ter praticado crime de ameaça pudesse ser devidamente equacionado, a partir do reconhecimento da legitimidade e dignidade do outro, havia uma discordância significativa entre o cada um considerava o montante correto da dívida. Assim, ainda que se ambas as partes reconheçam a existência da dívida e, portanto, de uma obrigação (Jerônimo reconheceu que devia a Florência), elas podiam continuar discordando, a despeito do procedimento, com o valor a ser pago. Nenhum procedimento está livre desses desacordos ou incompreensões no plano concreto das disputas, não obstante se reconheça que as condições procedimentais e interacionais auxiliem na construção de resultados justos.

Por isso, a institucionalização da razão no debate não substitui definitivamente a autoridade legal de tomada de decisão, mas apenas a complementa. Em que pese a articulação de mecanismos de razoabilidade com a forma jurídica tradicional constitua um aprimoramento do sistema jurídico — de um lado, a forma jurídica (ou procedimento institucionalizado) empresta realidade às formas de discurso racional; de outro, a razoabilidade atribui legitimidade ao direito —, quando as condições de razoabilidade não são suficientes para produzir um acordo equânime sobre o conflito, mecanismos institucionais coercitivos reassumem o papel de dar resposta à infração.

Em outros termos, quando as condições fáticas do discurso são frágeis ou atores chamados a decidir não querem ou não sabem o que fazer, entra em cena o procedimento de tomada de decisão, com instâncias decisórias e coercitivas, como dimensão real do direito, a fim de que o sistema de regulação funcione (BACKER, 2018).

4.2.1 O razoável como filtro do direito

O direito enquanto criação estatal é necessário na medida em que tanto serve como instrumento de realização da razão prática³⁵⁵, consubstanciada na reunião de valores e interesses em torno do conceito de bem jurídico protegido pela norma penal,

³⁵⁵ Razão prática entendida no sentido da pergunta como se deve comportar de maneira correta.

como também de limite à imposição da força ou da violência institucional. Mas como todo direito é, por regra, imperfeito, surge a necessidade de recobrar no plano argumentativo ou discursivo questões morais, éticas e pragmáticas típicas de um discurso prático³⁵⁶ como forma de reconectar o direito à moral ou, em outras palavras, conectar a razão prática como idealidade à realidade das leis e à produção de decisões como forma de institucionalização da razão (BACKER, 2018)³⁵⁷.

O procedimento dialógico da mediação pretende ser, portanto, um espaço para ajuste contextual das imperfeições do direito³⁵⁸ e, por isso, possibilitar rearticular as dimensões contextuais do conflito no plano da aplicação do direito, de modo que a relação entre dimensão normativa prevista na regra jurídica e a compreensão sociocultural de um comportamento façam sentido no contexto específico em que os motivos e significados da disputa são tematizados (CARDOSO DE OLIVEIRA, 1989).

Cuida-se da articulação do que Cardoso de Oliveira (1989, p. 166) denominou de dimensões contextuais do processo de administração de conflitos. Referidas dimensões se dividem em: “a) a dimensão do contexto cultural abrangente; b) a dimensão situacional do contexto; e a c) a dimensão contextual do caso específico³⁵⁹”. A compreensão da forma como se articulam essas três dimensões é fundamental para compreender o modo como direito é construído e realizado na prática de resolução de conflitos.

O direito penal, em uma dimensão situacional do contexto, reserva padrões normativos para as interações aparentemente danosas – subtração patrimonial sem

³⁵⁶ Habermas (2010) rejeita a tese do caso especial de Alexy por entender que, a despeito do discurso jurídico se caracterizar como um exemplo de ação comunicativa (Habermas reformulou seu ponto de vista anterior que considerava o processo judicial como uma ação estratégica), ele implicaria em uma subordinação do direito à moral, na medida em que ele ainda não estaria livre de conotações de direito natural.

³⁵⁷ A essência da ideia de racionalidade do direito de Alexy está na fusão do sistema jurídico real com o ideal, com a razão prática (BACKER, 2018). Nesse sentido, ver Alexy (2009).

³⁵⁸ Como já mencionado, as intenções do legislador são, por vezes, vagas ou imprecisas (ALEXY, 2014; HART, 2009), sobretudo no campo penal. E, além disso, comumente o direito penal criminaliza muito mais que sua real intenção (KLOCKARS, 1985). Consoante declarou o juiz Coleridge (apud MAcCORMICK, 2008, p. 144): “ (...) Nós somos frequentemente demandados a estabelecer parâmetros que não poderíamos seguir nós mesmos, e a estabelecer regras que nós mesmos não poderíamos satisfazer”

³⁵⁹ De forma explicativa, as dimensões contextuais que nos propõe Cardoso de Oliveira (1989; 1995; 2010) são: “(1) a dimensão do contexto cultural abrangente, que se refere ao universo simbólico mais amplo onde o conflito tem lugar; (2) a dimensão situacional do contexto, que se refere aos padrões de aplicação normativa associados a situações típico-ideais (por exemplo, definição de certo tipo de furto e que pena se aplicaria a ele); e, (3) a dimensão contextual do caso específico, que analisa até que ponto o processo em tela pode ser adequadamente compreendido como um bom exemplo da situação típico-ideal a partir da qual ele estaria sendo enquadrado (Cardoso de Oliveira, 1989, pp. 185-186)”.

violência como um furto; um adjetivo pejorativo a alguém que danifica a honra como injúria; ou, ainda, um tapa no rosto como algo que lesiona a integridade física como lesão corporal ou vias de fato (BARBOSA, 2014). Contudo, essas soluções do contexto típico-ideal que propõem o direito penal precisam ser analisadas a partir de uma perspectiva cultural abrangente e da dimensão contextual do caso específico, que podem oferecer significados interpretativos distintos para os interlocutores. Isso porque as supostas agressões a direitos têm a capacidade de despertar intuições morais dos atores envolvidos, a partir do universo simbólico mais amplo das interações humanas em que o conflito tem lugar (CARDOSO DE OLIVEIRA, 1989; 1995). Assim, a simples equação mecânica crime-punição pode não ser suficiente para promover compreensão e elucidar terapêuticamente a disputa³⁶⁰ (ZEHR, 2008).

Nesse sentido, o procedimento de mediação permite acentuar a compreensão das disputas por meio do reforço do caráter relacional do direito, além de evitar decisões injustas ou reificadas que absolutizam referidos o direito posto (CARDOSO DE OLIVEIRA, 1989; 1995). Trata-se, portanto, de forma de ajuste normativo que se assemelha ao discurso de aplicação da moral ou adequação do direito de Gunther (2004) ou, da perspectiva de Alexy (2014, p. 91-116), um caso especial do discurso prático que possibilita a conexão entre o direito e moral³⁶¹, no contexto argumentativo do direito³⁶². A ideia abraçada no processo restaurativo é de que o direito penal precisa ser entendido como uma programação condicional, de modo que seja possível reconciliar o reconhecimento geral da validade das normas e sua seletividade natural, por meio de acordos razoáveis.

³⁶⁰ MacCormick (2008, p. 55) chama isso de *problemas de classificação*, em que as regras que regulam o conflito estão sujeitas a uma dupla interpretação. De acordo com ele: “De um lado, considera o sentido da lei para verificar-se se este é o tipo de situação que se enquadra em suas intenções. De outro, interpreta-se a situação como uma situação social de um tipo que pode ou não enquadrar-se naquilo que tipicamente concebemos como proteção do consumidor”.

³⁶¹ A ressalva representa a opção por um modelo discursivo relativista, sobretudo em face das limitações verificadas em modelos procedimentais de discursos concretos, como o processo judicial. Aliás, processo judicial este que, a meu ver, representa um tipo ação estratégica que incentiva a competição (tanto interna entre os atores institucionais como externa entre as partes) e não a comunicação e a cooperação (BARBOSA, 2018).

³⁶² É preciso ressaltar que Alexy defende a argumentação jurídica como caso especial da argumentação prática, enquanto que para Gunther a argumentação jurídica é um caso especial de discurso de aplicação da moral. A posição de Alexy é criticada por diferentes autores como Kauffman, Neumann e Habermas, sob o argumento de o processo judicial, como exemplo de discurso jurídico, seria caracterizado como uma ação estratégica e não comunicativa. Habermas mudou posteriormente seu argumento em desfavor da tese do caso especial, no sentido de que considerar a argumentação jurídica como um caso especial da argumentação prática consistiria em uma enganosa subordinação do direito à moral (BACKER, 2018).

De outro ângulo, a complexidade do direito e das relações demandam cada vez que as regras jurídicas sejam aplicadas adequadamente, levando-se em consideração todas as circunstâncias da situação (GUNTHER, 2004)³⁶³. E, como na mediação as partes negociam pretensamente em condições de igualdade e liberdade no melhor sentido da regra, há maiores chances de se observar a produção de um acordo satisfatório que leve em conta as particularidades do caso.

Nesse sentido, a mera obediência à lei em nome da segurança jurídica ou como expressão de um compromisso com aquilo que foi estabelecido autoritativamente e é socialmente eficaz em um processo de argumentação e decisão democrática destoa da necessidade de se invocar uma pretensão de correção substancial – que exige que uma decisão seja moralmente correta –, ou expressa uma pretensão de justiça, que não desaparece com a institucionalização do direito (ALEXY, 2014).

A justiça tradicional é criticada justamente pelas restrições estruturais que limitam o alcance e os tipos de resultados que pode entregar³⁶⁴. Não que a mediação seja um procedimento completamente livre de restrições estruturais quanto às formas argumentativas ou aos tipos de resultados possíveis. De forma alguma. Entre outras coisas, o procedimento da mediação está sujeito a contingências relacionadas à exiguidade de tempo, o conhecimento incompleto e às restrições probatórias e narrativas.

Essas limitações reais do procedimento da mediação, todavia, não impedem que se as práticas restaurativas se estruturem e mobilizem em torno de um discurso aberto à construção de diferentes soluções na distribuição de prêmios e encargos entre os atores. Condições ideais de discurso, voltadas para a construção de

³⁶³ De acordo com Gunther (2004), argumentações de adequação do direito precisam levar em consideração todos os sinais característicos da situação e, por isso, situam-se no nível pós-convencional de normas morais. Com isso, a possibilidade de incorporar argumentos de adequação no direito objetiva a consideração de todas as circunstâncias, ou seja, de todos os princípios relevantes, políticos e morais — do contexto mais abrangente passando pelas regras até chegar a contexto situacional específico (CARDOSO DE OLIVEIRA, 1989), sejam acionados e dramatizados no procedimento, de modo a instituir um modelo de argumentação moral que permita argumentações imparciais de adequação.

³⁶⁴ Entre eles, tipos restritos de punição como, por exemplo, a prisão, a penas pecuniárias que não se reverterem para vítima etc. Sanções estas comumente desvinculadas do problema em concreto experimentado pela vítima. A justiça restaurativa, todavia, enxerga o caráter destrutivo e disruptivo que os procedimentos adversários ou contenciosos causam nos relacionamentos entre as pessoas que disputam (THIBAUT; WALKER, 1975) e busca uma forma de assegurar um ambiente para diálogo e construção de soluções consensuadas.

consenso, podem (e devem) perseguidas, ainda que não sejam alcançadas na prática operativa do sistema de administração de conflitos.

Isso porque a discussão do problema em um ambiente discursivo que se preocupe e se oriente por condições de liberdade, igualdade e abertura ao diálogo, mesmo de forma limitada, promoveria, em alguma medida, a reconciliação entre a dimensão real e ideal do direito, isto é, corrigiria as imprecisões da norma levando-se em consideração a dimensão pragmática ou contextual (ALEXY, 2014).

4.2.2 Responsabilização moral e compromissos futuros

No campo da mediação penal, a ideia de responsabilização moral aparece como elemento essencial no espaço de discussão, uma vez que se entende que as partes precisam compreender, a partir da articulação das falas de oradores e ouvintes e da recontextualização prospectiva do conflito, que assumir a responsabilidade pelo prejuízo que causou ao outro é uma condição necessária e, por vezes, suficiente para pôr termo ao litígio e redefinir a qualidade da relação.

A responsabilização moral, no sentido de dizer que errou e que tem a intenção de reparar o dano, e a assunção de um compromisso futuro (por exemplo, de não mais perder a cabeça em uma discussão; ou de não ligar o som alto de modo a incomodar o vizinho) são essenciais para um desfecho satisfatório para vítima ou ofendido.

Esse é justamente um dos diferenciais da mediação: a possibilidade de se expressar sentimentos, renovar a relação por meio da exploração de uma dimensão afetiva do conflito, além de contemplar a possibilidade de se articular de maneira direta e dialógica demandas por direitos de caráter ético-moral, consistente na reparação de atitudes de desrespeito e negação da identidade daquele que se sente agredido (insultos morais) que, muitas vezes, superam o interesse por pretensões deduzidas relacionadas ao que se poderia denominar de direitos legais (CARDOSO DE OLIVEIRA, 1995; 2008; 2013) .

Cumprе ressaltar, todavia, que compromissos de comportamento futuro, mais que simplesmente definir obrigações genéricas de bem viver, demandam uma verdadeira mudança de coração no sentido de despertar intuições morais que conciliem perspectivas de viver de bem e perseguir interesses próprios e fazer o que

é correto. E isso somente é possível se a mediação envolver a presença de emoções como o remorso, culpa e arrependimento sincero (TAYLOR, 1996). E nem sempre esses sentimentos têm lugar na mediação.

A meu ver, razão e emoção são fundamentais no processo de tomada de decisões morais. Muitas de nossas intuições (nosso sentir), que são essenciais para o processo de tomada de decisão, são banhados por sentimentos e pela afetividade. Nesse sentido, emoções funcionariam como atalhos que possibilitam a abertura das partes a considerações racionais sobre o problema.

Em outros termos, as pessoas somente são capazes de levar em conta o ponto de vista e as razões do outro quando as emoções estão bem gerenciadas. Assim, o gerenciamento de emoções no processo institucional de mediação constitui um elemento fundamental para despertar intuições morais nas pessoas. Emoções positivas podem modificar o julgamento moral das pessoas. Elas podem anular ou arrefecer emoções negativas como, por exemplo, o ressentimento, rancor e a indiferença.

Além disso, a confiança no cumprimento das promessas e a percepção de justiça do acordo são fatores essenciais o entendimento duradouro e verdadeiro, na medida em que são importantes motivos para a cooperação. A confiança é um fator antecedente importante para a resolução de disputas, porque suscita um julgamento sobre o caráter e um cálculo de risco sobre a manutenção das promessas ou compromissos assumidos. As pessoas estão propensas a cooperar quando confiam que as outras pessoas vão cooperar, que é um tipo de confiança instrumental (TYLER, 2010).

De outra sorte, a percepção de justiça do resultado suscita conformidade e manutenção do acordo. Além disso, inibe a tendência das pessoas que se sentem injustiçadas de desafiar esse acordo ou decisão (SHERMAN, 1993).

Compromissos futuros sólidos dependem, portanto, de como as emoções morais são trabalhadas no procedimento e o que o acordo simboliza. As pessoas têm de ser capazes de perceber que seus sentimentos de culpa são consequência de seu comportamento negativo e usar essa informação para avaliar os custos futuros de se perseguir uma estratégia não cooperativa (HOOGE et al., 2007). O acordo ou compromisso firmado também precisa embutir uma carga admoestatória que iniba ou previna novas condutas danosas.

No processo de mediação, consoante pude verificar durante a observação in loco como os compromissos assumidos em relação a mudanças de atitude ou promessas de bem viver têm uma forte relação com a dimensão dos sentimentos. Durante os encontros, indaguei aos mediadores sobre a necessidade de se reduzir a termo ou documentar compromissos futuros com relação aos comportamentos que as partes devem adotar dali em diante.

De um lado, há uma preocupação, que não é uma questão menor, de que o fato continua sendo um evento de natureza criminal, mesmo que ressignificado no âmbito da mediação. Ele afeta, em tese, um bem jurídico tutelado pelo Estado que, por sua vez, tem a obrigação de assegurar a fidelidade social às regras jurídicas e a paz social, ameaçada por toda e qualquer espécie de ilícito criminal. A redução a termo de compromissos futuros gerais e específicos também significa uma prestação de contas com o coletivo.

A mudança que a mediação propõe é no sentido de que o respeito e fidelidade às normas podem ser alcançados não por meio de uma sanção penal, mas por meio da responsabilização moral e da reparação (ZEHR, 2008).

De outro lado, a ideia de prever compromissos futuros na mediação está diretamente ligada à questão da qualidade da relação e da reciprocidade. As partes frequentemente sentem a necessidade de um reconhecimento expresso e o registro de um compromisso que sinalize arrependimento e mudança de atitude (EXLINE et al., 2012). Contudo, assim como uma dívida pode não ser paga, um acordo em relação à mudança de atitude pode não ser cumprido. Por isso, a redução a termo tem por objetivo conferir ao compromisso uma feição de oficialidade e obrigatoriedade, em que pese sem o peso da coerção em caso de descumprimento.

A questão é que uma dívida monetizável pode ser executada (cobrada coercitivamente), mas como fazer em relação a uma dívida relacionada ao reconhecimento? Como impor um constrangimento externo para além de considerações de caráter moral de que acordos firmados livremente devem ser cumpridos?

Na mediação penal realizada pelo CEJURES, não há previsão de uma sanção pecuniária para o não cumprimento dos acordos que versem sobre mudanças de atitude ou compromissos de reconhecimento. Essa ausência de coercitividade, do ponto de vista institucional poderia ser vista como uma deficiência do procedimento

em termos de eficiência, já que a multa poderia representar um reforço simbólico da necessidade de respeitar o acordo. Mas isso ainda não foi tentado.

Contudo, a aposta da justiça restaurativa está na qualidade do acordo, tanto em termos relacionais como de resultado. Em outros termos, ainda que a falta de pena possa enfraquecer o cumprimento do compromisso, possibilita a realização de compromissos mais autênticos e significativos para as partes, do ponto de vista de uma transformação interna ou da própria relação social. Uma mediação bem-sucedida pode no máximo estimular, com credibilidade, os referidos compromissos associados a manifestações de reconhecimento. O apreço ou reconhecimento precisa ser periodicamente renovado em atitudes, cuja eficácia ou credibilidade impõe o duplo caráter de obrigação e gratuidade nos termos da dádiva (CARDOSO DE OLIVEIRA, 1995). Mais que uma obrigação vinculada a direitos, haveria uma obrigação vinculada a virtudes, em que não há direitos de contrapartida (O'NEIL, 1996).

De outra sorte, a mera sinalização de mudança de atitude por parte de um dos interlocutores pode resultar em um desfecho favorável para o conflito, mais do que o valor da reparação envolvido. Em um caso cível relatado durante o curso de preparação de mediador em que participei, um cliente acionou uma empresa prestadora de serviço pedindo a quantia de R\$ 4.000,00 a título de dano moral, em razão da má prestação de um serviço. O representante da empresa, durante a audiência conciliação, chegou a oferecer a quantia de R\$ 3.750,00 a título de reparação. Um valor muito próximo ao pedido pelo cliente.

Contudo, o autor da ação não aceitou o valor oferecido, pois não acreditava que a empresa mudaria de atitude. O cliente não percebeu no representante da empresa arrependimento pelo tratamento desrespeitoso dispensado. Ele não abriu mão do valor pedido porque acreditava que a empresa precisava aprender a tratar com respeito e consideração seus clientes.

A manutenção do valor pedido inicialmente foi ancorada no desrespeito. E, como as partes não alcançaram um acordo, o caso foi encaminhado para decisão de um juiz.

4.2.3 Razoabilidade e universalização limitada

Cardoso de Oliveira (1989; 1995) argumenta que interpretação que dá sustentação ao acordo (ou decisão institucional), como um desfecho equânime (fair)

deveria ser passível de universalização, embora tivesse de abrir mão da exclusividade ou universalidade absoluta. Com isso, sua razoabilidade ou equanimidade deveria convencer qualquer interlocutor que tivesse suficientemente informado sobre as peculiaridades do caso em tela, e que tivesse pleno acesso ao processo discursivo que teria desembocado no referido acordo. Isto é, apesar de um acordo equânime ser sempre um entre outros (não seria jamais a única possibilidade para caracterizar um acordo equânime), ele teria de demonstrar sua superioridade normativo-interpretativa frente a todas as alternativas caracterizáveis como arbitrárias.

A interpretação dos fatos (e do direito aplicável) estaria sustentada, sob esse prisma, em significados e valores intersubjetivamente compartilhados. Por isso, não se tem propriamente uma construção arbitrária de um sentido de justiça, mas a adequação valorativa das consequências concretas da decisão jurídica. As partes, de comum acordo, escolhem quais serão consequências advindas do conflito dentro dos limites da mediação³⁶⁵.

A universalização, nesse sentido, é apontada como um requisito básico de toda argumentação racional (PERELMAN, 1997; MAcCORMICK, 2008), isto é, a pretensão de equidade da interpretação, decisão ou acordo deveria, em princípio, satisfazer a qualquer pessoa, independentemente de seu contexto cultural (CARDOSO DE OLIVEIRA, 1996). Haveria, assim, um tipo de moral impessoal que tem como origem o desejo de poder endossar ou aceitar nossas ações e suas justificações a partir de um ponto de vista externo a nossa situação particular, que não seja comum a nenhuma pessoa em particular (POSNER, 2012; NAGEL, 2004).

Contudo, os acordos mediados, assim como toda decisão, têm dificuldades para cumprir regras de universalização ou generalização. Isso porque requisitos morais precisam levar em conta as capacidades motivacionais dos indivíduos aos quais se aplicam. A mera promessa de pôr fim à incerteza por meio de uma decisão³⁶⁶ não é, no mais das vezes, suficiente.

Além disso, as razões invocadas na mediação não servem, necessariamente, para cobrir outros casos similares. Isso porque o procedimento da mediação não exige

³⁶⁵ Para resgatar a articulação entre normas e valores proposta por Hegel com sua noção de *Sittlichkeit* (eticidade), mas para fazê-lo com meios Kantianos, como sugere Habermas, e com foco em análises etnográficas, como indica Cardoso de Oliveira (1996 e prelo), devemos privilegiar o sentido ou a qualidade da relação entre as partes. A precedência na qualidade da relação na articulação com os valores sinalizaria a precedência da dimensão normativa em questões de ordem ético-moral, sem deixar de levar em conta o caráter elucidativo dos valores.

³⁶⁶ Ver, nesse sentido, Luhmann (1980).

a formulação de um raciocínio motivado, ou seja, os participantes não precisam encontrar razões externas que motivem ou favoreçam a decisão e formular (de maneira formal) argumentos que justifiquem essa decisão.

Em outras palavras, enquanto os juízes estão submetidos a regras públicas de justiça imparcial que demandam, entre outras coisas, a valoração e justificação das decisões, ou seja, que seja explicado porque é certo decidir da forma como estão decidindo (MAcCORMICK, 2008), as partes na mediação não precisam formular esse tipo de justificação³⁶⁷. Nesse sentido, os acordos não pressupõem razões universalizáveis de maneira absoluta que ultrapassem os limites mais restritos do círculo próximo de relacionamento dos envolvidos.

A falta de elementos formais de argumentação dificulta essa universalização e conseqüente convencimento de outras pessoas em situações semelhantes de que aquela é a melhor (ou mais adequada) solução.

Contudo, o caráter particularista ou discricionário da decisão na mediação, acentuado no item 3.8 do capítulo 3, não é absoluto. As partes precisam, em alguma medida, convencer o juiz (e o mediador) de que o acordo guarda algum grau de razoabilidade (coerência, adequação, proporcionalidade) ou aceitabilidade em função das regras legais³⁶⁸.

Além do mais, embora juízos de valores particulares frequentemente não possam ser objetivados e universalizados muito além da relação, isto é, não podem ser considerados corretos para todas as situações aparentemente iguais (MAcCORMICK, 2008), eles servem para unificar interesses comuns de grupos particulares, como os envolvidos e também da comunidade próxima (familiares, amigos etc.)³⁶⁹.

Dito de outro modo, as conseqüências comportamentais e os resultados (futuros) que importam no processo de decisão estão limitados às ações futuras das próprias partes e pessoas próximas que de alguma forma se envolveram no conflito. As partes, o mediador ou juiz que homologa o acordo não estão diretamente

³⁶⁷ A fundamentação de normas imparciais demanda um entrelaçamento entre universalidade, formalismo e cognitivismo (GUNTHER, 2004). Algo que as decisões ou acordos na mediação não têm.

³⁶⁸ Esse mesmo problema prático pode ser imputado às decisões judiciais. Por isso, as decisões ou acordos são, em princípio, universalizáveis, no sentido de que as decisões seriam aceitáveis por todos em situações semelhantes, se universalizadas.

³⁶⁹ Ainda que a alteração do padrão de comportamento de uma comunidade a partir do conteúdo da decisão seja apenas uma conjectura. Não é muito provável que as pessoas fundamentem ações nesse Direito criado pelo acordo (MAcCORMICK, 2008).

interessados na cobertura da decisão jurídica para além das relações próximas pretensamente afetadas pela decisão, ou seja, não estão preocupados com a formulação de normas concretas capazes de orientar atos futuros de toda a comunidade.

De outra sorte, no que diz respeito ao convencimento do juiz, é preciso observar que, além de conservar a supervisão dos acordos, permanece o procedimento decisório para situações em que desacordos ou oposições necessitam ser desfeitos. O magistrado conserva o poder de decidir (arbitrar) o problema de maneira razoável, por meio de avaliação da consistência e coerência moral ou se os acordos contradizem alguma regra jurídica.

Em resumo, o caráter aparentemente *ad hoc* da solução produzida se justifica pelo fato de que, do ponto de vista moral, nenhuma situação é igual à outra, nem mesmo uma situação vivenciada anteriormente pelas mesmas partes. O caráter singular do conflito demanda, assim, soluções específicas. Contudo, isso não significa que as decisões acordadas gozam de absoluta discricionariedade. Não. Aquilo que não for racional ou razoável não pode ser admitido como solução. As partes não podem perder de vista a noção do que é correto e justo do ponto de vista da interação e do resultado.

Por outro lado, a solução construída pelas partes, com o auxílio de um mediador, pode nem ser muito diferente do resultado produzido pela decisão de uma autoridade. Um juiz pode perfeitamente atender à demanda de reparação da vítima mais que as práticas conciliatórias (VIDMAR, 1992; O'BARR; CONLEY, 1985). Mas a questão aqui não é essa. De um ponto de vista procedimental, as práticas restaurativas podem sim ser mais bem-sucedidas que o processo judicial quando o que está em jogo é justiça no tratamento e o respeito pelas partes no procedimento (THIBAUT; WALKER, 1974; 1975; LEVENTHAL, 1977; LIND; TYLER, 1988; TYLER, 2000; 2003; 2010; FOLGER; CROPANZANO, 1998; CROPANZANO et al., 2007; BIES, 2018; DWORKIN, 2010), na medida em que a mediação dá oportunidade para que as partes falem e sejam ouvidas em iguais condições pelo órgão judicial.

Também é verdade que as soluções construídas não alcançam um alto grau de abstração e, por isso, não são capazes de se projetarem para além do caso particular.

Isto é, a adaptação das regras a um caso particular não gera um precedente³⁷⁰. Elas se mantêm ligadas às circunstâncias concretas e nesse contexto produzem seus efeitos. Contudo, não há dúvida de que, durante o processo de mediação, as partes, ainda que de forma inconsciente, apelam para regras gerais ou princípios implícitos do direito.

A solução fabricada a partir do consenso pode, inclusive, contradizer as intenções iniciais das partes envolvidas no momento do registro da ocorrência na Polícia ou mesmo a definição legal tradicional ou sentido dogmático do tipo penal, que normalmente envolve uma lesão a um bem jurídico, enquanto pauta valorativa que orienta o poder público (RIPPOLÉS, 2013).

As contradições explícitas ou ocultas no processo argumentativo da mediação, todavia, ajustam o sentido da lei com o objetivo de produzir uma *decisão coletiva* adequada e ajustada. A argumentação, por óbvio, nem sempre é coerente em relação ao direito penal. Porém, ao levar em conta diferentes contextos situacionais e dimensões temáticas relacionadas ao conflito, pretende ser justa e equânime em relação à situação e aos sentimentos dos envolvidos (CARDOSO DE OLIVEIRA, 2008; 2010).

Consciente da armadilha idealista que as práticas jurídicas da mediação apregoam, é possível notar que ela objetiva não construir um novo direito, mas dar sentido correto ao direito posto. Esse sentido correto ou adequação da norma em termos concretos postula, em alguma medida, juízos valorativos em torno do que é justo e do que é bom para além do conteúdo legal (ALEXY, 2013; 2014).

Além disso, ressalta-se que, mesmo que submetidas a limitações de tempo, espaço ou de conteúdo discursivo, as interações formuladas no ambiente de interação da mediação pressupõem, em alguma medida, que os participantes do discurso da mediação busquem de forma cooperativa uma solução para o problema, mesmo que movidas por motivos ou interesses distintos (HABERMAS, 2004; ALEXY, 2013).

³⁷⁰ Sobota (1991) chama a atenção que os juízes do *common law* tem maior facilidade para adaptar as normas aos casos concretos. Contudo, as decisões produzidas tendem a formar precedentes difusos e vinculantes e que seria o preço a ser pago por essa maleabilidade do direito.

5 AS DIMENSÕES DA JUSTIÇA: O QUE É A JUSTIÇA, AFINAL?

No plano deste trabalho, a justiça assume três dimensões: distributiva (resultado), procedimental e a interacional. Essas dimensões são a chave para a compreensão das diferentes formas como um problema pode ser tratado em âmbito institucional e na relação entre as pessoas, bem como dizem respeito diretamente às percepções de justiça pelos envolvidos em algum conflito. Elas também são importantes ferramentas para analisar o discurso da mediação como uma prática institucional.

As três dimensões de justiça que são acionadas neste estudo pretendem articular os elementos ou princípios estruturados de uma justiça como equidade que se defende aqui.

A construção da justiça pública pode perfeitamente ser entendida como uma desapropriação da identidade individual dos conflitantes, já que o Estado se apoderou do poder de administrar disputas em nome da paz e da justiça.

Espaços de mediação institucional de conflito representam, por outro lado, um tipo de política de reconhecimento que observa na formulação das estruturas institucionais a necessidade da presença de pressupostos intersubjetivos para a formação bem-sucedida da identidade humana (HONNETH, 2007).

Se formos considerar as práticas e estruturas institucionais básicas de aplicação da lei já existentes, a concepção política de justiça adotada pela justiça restaurativa busca estabelecer formas institucionais mais apropriadas à liberdade e à igualdade dos participantes. Uma ideia aproximada de justiça associada à equidade como a sustentada, por exemplo, por John Rawls (1992; 2001)³⁷¹. Do ponto de vista do que Rawls (2002) denominou de bens ou de princípios básicos de justiça, que aqui podem ser compreendidos como os princípios que permitem que as partes possam partilhar ou compartilhar convicções ou entendimentos sobre o conflito, o procedimento da mediação funciona como uma espécie de arranjo ideal que

³⁷¹ Ideia essa que se ajusta ou complementa com perspectivas procedimentais sustentadas, em alguma medida, por Dworkin (2007), Habermas (2004; 2010; 2012) e Alexy (2013; 2014), no sentido de postularem condições ideais de discurso na definição de pontos de vista conflitantes. A diferença principal é que as propostas de Habermas, Dworkin e Alexy estão centradas na figura de um ator institucional que decide. O que não é o caso dos processos de mediação. Nesse sentido, referidas contribuições são, de início, insuficientemente consensuais.

possibilita avaliar as instituições reais e apontar o que deve ser mantido ou alterado em caso de desvio desse ideal comunicativo.

A ideia de justiça aqui remete a uma concepção formal no sentido de se criar condições necessárias para o exercício livre e igualitário da capacidade moral de ter uma concepção própria de bem (definir interesses e postular direitos) associada à vida moral, no sentido de se orientar para o que é correto (NAGEL, 2004).

O processo de mediação pode seguramente se constituir como uma forma juridicamente institucionalizada de eticidade na esfera estatal, na medida em que institui práticas de interação intersubjetiva caracterizadas pela necessidade de reconhecimento e autorrealização individual³⁷². Os espaços de mediação estruturam, assim, uma concepção formal de eticidade ou vida boa que serve como padrão normativo de justificação da normatividade criada a partir da articulação da reciprocidade, da liberdade, igualdade e formação enquanto aprendizado de competências sociais necessárias (HONNETH, 2007) para se converter sentimentos em interesses e necessidades capazes de ser entendidos por outra pessoa e que sirvam como veículo para a reparação de direitos (CARDOSO DE OLIVEIRA, 2010a).

Em outras palavras, ao estabelecer formas institucionalizadas orientadas por regras, princípios e procedimentos que asseguram o funcionamento de mecanismos discursivos voltados ao entendimento mútuo e que seriam apropriadas à realização da liberdade, igualdade e reciprocidade, a justiça restaurativa dá um passo importante no sentido de construir condições para produção de soluções equitativas por meio do incentivo à cooperação, à solidariedade e à justiça.

A justiça procedimental, como uma face da justiça, está preocupada com a justiça das diferentes formas de resolver conflitos e fazer alocações. A crença é a de que utilizar procedimentos justos para resolver conflitos poderia tornar o resultado mais aceitável para as partes, principalmente para os perdedores e, com isso, influenciar positivamente o relacionamento entre as pessoas em conflito. Um procedimento mais justo, assim, seria capaz de criar dinâmicas de interação mais positivas, sobretudo em situações em que nem todas as partes receberão (em igual medida) o que querem ou sentem que merecem (TYLER et al., 1997).

³⁷² A ideia de autorrealização individual está ligada à noção de reciprocidade no sentido de que a esfera de eticidade da mediação precisa estabelecer formas de comunicação nas quais os sujeitos podem ver reciprocamente no outro uma condição de sua própria liberdade. A liberdade representa, portanto, o exercício da autonomia de forma consciente (HONNETH, 2007).

Não por acaso que as práticas restaurativas realizadas por meio da mediação surgem como uma tentativa de corrigir os sentimentos de injustiça provocados pela subtração do conflito das partes e entregar mais justiça por meio do procedimento que a justiça tradicional.

5.1 JUSTIÇA PROCEDIMENTAL

Procedimentos são mecanismos ou espaços para tomada de decisões. É por meio do procedimento que os atores institucionais e particulares irão interagir com o objetivo de buscarem uma solução para o litígio e, com isso, fazer justiça.

A noção de justiça procedimental está diretamente relacionada à avaliação subjetiva das pessoas sobre as condições e regras do procedimento, ou seja, se ele é justo ou injusto, ético ou antiético, ou se está de acordo com os padrões de justiça que as pessoas cultivam nos processos de tomada de decisão e de interação social.

De um modo geral, o público é muito sensível à maneira como a autoridade é exercida (TYLER, 2003)³⁷³. A percepção de justiça no procedimento (legitimidade) tem um papel decisivo sobre a decisão de aceitar (participar do procedimento) e concordar com o acordo (seguir as condições/obrigações fixadas) (TYLER, 2011). As pessoas estão mais propensas a consentir e cooperar quando sentem que são tratadas de forma justa (MCWEN; MAIMAN, 1984; TYLER, 2003). Por isso, um grande desafio do procedimento de mediação restaurativa é criar um sentimento de legitimidade e confiança que conduza as pessoas a consentirem em participar e cooperar em busca de uma solução e aceitar o resultado.

Em termos práticos, as partes precisam atribuir legitimidade ao mediador e ao procedimento como forma de confiar nas recomendações ou diretrizes do facilitador e de que as condições/critérios/acordos de justiça do procedimento serão respeitadas. A legitimidade do procedimento pode ser construída por meio da equidade procedimental. Autoridades podem obter grandes adesões em termos de legitimidade quando eles adotam e seguem regras claras de justiça procedimental, entre elas a

³⁷³ Consoante já mencionado anteriormente, a aceitação ou não das regras da mediação, como as limitações formais em torno da apresentação de informações (provas), muito está relacionada com os objetivos pretendidos pelas partes, que não necessariamente é o de resolver a controvérsia de forma justa (produzir justiça), mas de produzir vencer a disputa ou destruir o adversário (AGUILÓ-REGLA, 2015; 2018). Neste caso, as partes entregam a um terceiro o controle do processo (produção e seleção de informações) e da decisão (resultado) para resolver o conflito cognitivo (THIBAUT; WALKER, 1978).

imparcialidade, honestidade, esforços para ser justo, polidez, ausência de preconceitos, transparência e o respeito à dignidade (LEVENTHAL, 1977).

Alguns autores sugerem que as partes não estão muito preocupadas com o teor do resultado ou com o que obtiveram com a decisão, mas na forma como influenciaram a terceira parte (no caso de processos decisórios capitaneados por um terceiro imparcial) ou como foram tratadas no procedimento (qualidade do tratamento) (TYLER, 1990; 2003; 2018). Em outras palavras, a percepção de justiça ou equidade do procedimento não estaria na favorabilidade do resultado obtido ou mesmo no resultado satisfatório, mas na forma de participação no procedimento (THIBAUT E WALKER, 1975; COLQUITT, 2012)³⁷⁴.

O julgamento que as pessoas fazem sobre a justiça do procedimento estaria ligado, portanto, a duas características básicas: a equidade da tomada de decisão (voz, neutralidade) e a equidade no tratamento institucional (imparcialidade, confiança, respeito) (BLADER; TYLER, 2003). As partes em litígio são comumente influenciadas por ambos os aspectos da justiça procedimental³⁷⁵.

Na justiça restaurativa, o Estado abre mão da justiça da tomada de decisão. Não é um juiz, neutro e/ou imparcial, que julga o caso, mas as próprias partes. Assim, a neutralidade/imparcialidade do mediador é vista como um aspecto desse procedimento equitativo. Mas, além da imparcialidade de quem decide ou auxilia a decisão, há ainda outro aspecto importante que caracteriza o procedimento como equitativo, que é a equidade/justiça no tratamento interpessoal, ou seja, o respeito, a confiança e a consideração institucional (TYLER, 2011).

Ademais, como na mediação as decisões são tomadas coletivamente pelas partes, com o auxílio do mediador, a estrutura procedimental é adaptada para incorporar condições procedimentais de equidade próprias para esse modelo de justiça. Elas não apenas são capazes de expressar seu ponto de vista sobre o conflito, como construir ou controlar o resultado do processo. Assim, a equidade do processo

³⁷⁴ Colquitt (2012) relata que centenas de estudos tem mostrado que as percepções de equidade são distintas dos sentimentos de favorabilidade do resultado ou satisfação com o resultado.

³⁷⁵ A justiça procedimental vinculada ao processo de tomada de decisões é comumente visto no processo judicial tradicional, em que há um juiz para decidir as demandas a partir de procedimento descrito em lei. Espera-se, nesse procedimento, que as partes tenham oportunidade de serem ouvidas antes da tomada de decisão; de que as decisões sejam fundamentadas e transparentes; que as decisões incorporem características de neutralidade, a partir de informações objetivas, e não esteja carregada de preconceitos; e que as regras aplicadas sejam as mesmas aplicadas a todos ao longo do tempo. No processo judicial, também se espera uma equidade de tratamento interpessoal, com atitudes de respeito e confiança para com as partes (TYLER, 2011).

de tomada da decisão depende também das condições ou mecanismos de nivelamento que o procedimento é capaz de assegurar³⁷⁶.

Nesse sentido, a oportunidade de falar e ser ouvido no processo de tomada de decisão não tem apenas um caráter simbólico, mas instrumental e normativo, uma vez que a voz dos participantes influi ou determina diretamente o resultado. E, consoante os estudos já demonstraram, quando a voz está associada ao controle sobre o resultado, há uma maior percepção de equidade do procedimento (LIND et al., 1990; THIBAUT; WALKER, 1975; FOLGER; CRAPANZANO, 1998).

A equidade do procedimento em sessões iniciais de mediação é determinante para o respeito e cumprimento dos acordos ao longo do tempo (PRUITT et al., 1993). É mais importante até que a qualidade do acordo em si mesmo³⁷⁷.

Durante as observações das audiências, foi possível constatar que uma sessão de abertura é fundamental para o processo de mediação. Mas, mais importante que uma sessão de abertura bem realizada, é a necessidade de previsão de reuniões ou sessões de pré-mediação. Isso evitaria expectativas inadequadas em relação à mediação e suas possibilidades, bem como sobre as intenções/interesses das partes em dialogar. De outra sorte, sessões preparatórias poderiam contextualizar as partes sobre o que será discutido na audiência de mediação, a fim de evitar confusões ou decepções em relação à condição de cada participante.

No caso citado “Não invente um inventário”, por exemplo, uma das partes ficou furiosa ao saber que havia sido chamada à mediação na condição de autora, mesmo que essa qualificação preliminar pudesse ser recontextualizada no âmbito do procedimento. Já no caso “Novela mexicana”, a ofendida queria apresentar provas (vídeos da agressão). Isso não foi possível em razão da limitação procedimental do procedimento.

5.1.1 Qualidade da decisão: querer diferente de poder

³⁷⁶ Entre essas condições estão, consoante já ressaltado, a imparcialidade do mediador, que deve conduzir a discussão de forma a permitir que as partes possam expor seus sentimentos e construir uma solução equânime (ou aceitável).

³⁷⁷ Em análises de situações reais de mediação nos Estados Unidos, Lind et al. (1993) descobriram que a percepção da equidade do procedimento é capaz de moldar a deferência ou respeito dos participantes ao procedimento.

Além da equidade do tratamento (se as partes foram respeitadas e puderam se expressar seus interesses e sentimentos em iguais condições), é preciso observar que uma negociação bem-sucedida também está condicionada à *qualidade da decisão*. Nesse caso, refiro-me não à qualidade do acordo firmado (resultado), que também é importante, mas do tipo de decisão que o procedimento pode oferecer. Se as partes não demonstram interesses comuns na relação, há uma grande chance de uma delas querer explorar ou prejudicar a outra (KELLEY; THIBAUT, 1978 apud THIBAUT; WALKER; 1978). Assim, é preciso sempre se assegurar a equidade na tomada de decisão, no sentido de evitar que a reparação dê lugar à vingança (STRANG, 2002).

Há situações em que as partes estão mais preocupadas com proporcionalidade da punição merecida em razão da gravidade do dano causado (TYLER et al., 1997)³⁷⁸ que em serem tratadas com cordialidade pelo mediador. A punição, nesse caso, é vista como um dano justificado, imposta a alguém que causou dor. Embora o desejo ou a intenção de punir uma transgressão ou ofensa percebida como injusta não seja algo inevitável, ela sempre permanece como uma possibilidade latente (FOLGER; CROPANZANO, 1998) e está relacionada com o grau de repulsa moral que a ofensa provoca (DARLEY et al., 2003).

Por outro lado, é preciso observar que as expectativas e experiências de justiça vivenciadas pelas partes (possibilidade ou não de obter resultados favoráveis; possibilidade de se aplicar uma punição merecida) contaminam a percepção de justiça do procedimento. Essa percepção, por sua vez, tem forte influência sobre a boa vontade ou sobre o grau de cooperação das pessoas com as autoridades e pode influenciar diretamente sobre a aceitação do acordo/decisão (TYLER et al., 1997).

Assim, se a pessoa está procurando ajuda para o seu problema — que ela entende que não se resolverá por meio de um acordo (a raiva e o sentimento inviabilizam o encontro; acordos frustrados, p.ex.) —, mesmo diante de um procedimento aparentemente justo e equitativo ela pode querer que uma autoridade a ajude de boa-fé a resolver o seu problema.

Do ponto de vista estritamente procedimental, essa flexibilidade em poder negociar ou entregar a decisão a um terceiro em busca de um resultado que melhor lhe convém (ainda que mais racional que razoável), pode representar um aumento do

³⁷⁸ O desejo de retribuição ou de restaurar a ordem moral desequilibrada pelo crime inspira as reações populares em relação ao crime, mas que a prevenção de outros crimes (DARLEY et al., 2003)

controle das partes sobre o processo e, conseqüentemente, pode aumentar a percepção de equidade do procedimento (TYLER et al., 1997; THIBAUT; WALKER, 1978), ainda que o resultado desejado não possa ser alcançado. Em sentido contrário, se os participantes percebem que não têm qualquer controle sobre o procedimento, as partes tendem a percebê-lo como injusto (TYLER, 1990).

Uma situação, porém, em que o procedimento é incompatível com o resultado almejado, como, por exemplo, o de conceder vingança ou a humilhação do outro, há uma boa chance de o procedimento ser percebido como inútil ou injusto. Esse tipo de pretensão poderia ser identificado, por exemplo, no caso denominado “Novela mexicana”. Nazaré queria, de alguma forma, vingar-se de Maria do Carmo por meio do procedimento. Com isso, não fazia muito sentido para ela, na compreensão do que é um procedimento justo, outros aspectos que não a possibilidade de obter o resultado desejado: destruir ou humilhar Maria do Carmo.

5.1.2 Justiça procedimental pura ou imperfeita?

A ideia de justiça procedimental pura despreza a presença de critério independente que nos diga o que é justo ou não fazer em determinada situação. O foco da justiça procedimental pura é o procedimento. Assim, se forem seguidas todas as regras procedimentais, ao final se chegará a um resultado justo (RAWLS, 2001; GARGARELLA, 1999; HOFFE, 2003)³⁷⁹.

Cumpra observar, todavia, que um procedimento institucional, qualquer que seja ele, não é capaz de assegurar sempre uma solução correta para o conflito³⁸⁰. Procedimentos institucionais são, em regra, instrumentos imperfeitos de administração de conflitos. Assim, mesmo em um procedimento cercado de garantias e limites epistemológicos, como é o processo penal, um inocente pode ser considerado culpado e um culpado considerado inocente, ainda que sejam seguidas todas as regras ou garantias procedimentais (RAWLS, 2002). São conhecidos os

³⁷⁹ Como, por exemplo, o faz o utilitarismo no sentido de maximizar a utilidade média (RAWLS, 2002; HOFFE, 2003; GARGARELLA, 1999).

³⁸⁰ Por isso que Rawls (2002) cita o processo penal como um típico exemplo de justiça procedimental imperfeita. A justiça procedimental imperfeita, diferentemente da justiça procedimental pura, adota um critério independente de justiça, que é o seguinte: os inocentes devem ficar livres e os criminosos devem ser considerados culpados, assim como a pena deve ser proporcional à ofensa (HOFFE, 2003; RAWLS, 2002).

grandes custos de injustiça que acompanham o processo criminal (FERRAJOLI, 2002; CERVINI, 2002; ANDRADE, 2003).

A dificuldade em se obter uma decisão correta em sentido objetivo nos leva, todavia, pelo caminho da equidade decisória (TYLER et al., 1997) e da legitimidade (THIBAUT; WALKER, 1978). Empresta-se um papel decisivo ao julgador imparcial que deverá aplicar, na medida do possível, soluções iguais a casos iguais. A equidade aqui é vista como uma paridade de consequências entre infratores de um mesmo tipo de ofensa (SCOR, 2004).

No discurso, pode-se dizer que a mediação quer ser um tipo de justiça procedimental pura, ou seja, um tipo de justiça em que o procedimento é capaz de assegurar a justiça do resultado. Desse modo, entende-se que, se as condições ou mecanismos discursivos de entendimento se fizerem presentes, as partes serão capazes de construir sempre (ou quase sempre) um resultado justo e equitativo.

Essa forma de pensar as práticas restaurativas, a meu ver, está equivocada³⁸¹. A mediação também é uma espécie justiça procedimental imperfeita. Não se pode esperar que as partes construam uma solução para o caso sem levar em conta um critério externo ou independente de justiça que diga o que é justo ou não no caso. Um critério que permita se chegar a um resultado equitativo a partir da avaliação comparativa³⁸² das contribuições de cada um para o conflito e necessidades de cada um (FEINBERG, 1974).

Além disso, não se pode emprestar relevância exagerada ao acordo, independentemente da qualidade do resultado e da qualidade da interação, do ponto de vista dos valores morais embutidos. Ainda que o acordo se projete para fora da relação apenas de maneira restrita ou limitada, ele se sujeita a controle intersubjetivo do ponto de vista de sua razoabilidade e proporcionalidade³⁸³, tanto pelo mediador como pelo juiz.

Ademais, condições procedimentais são, de um modo geral, insuficientes para assegurar um resultado justo. Há vários motivos para as pessoas cooperarem, que vão desde gestos altruístas apoiados em valores até cálculos de utilidade realizados por pessoas autointeressadas. As pessoas, de modo geral, não são puramente

³⁸¹ Essa forma de ver a justiça restaurativa está muito focada em critérios de eficiência da justiça: quantos mais acordos melhor.

³⁸² Essa avaliação é interna e leva em conta uma ponderação sobre a utilidade de possíveis resultados, tanto do ponto de vista material como moral.

³⁸³ Os acordos, assim, estão orientados por um tipo de universalidade restrita.

autointeressadas nem puramente altruístas. Elas podem ser altruístas condicionados ou carrascos altruístas (GINTS et al., 2005)³⁸⁴. Por isso, critérios externos de justiça são potencialmente adequados para corrigir eventuais distorções na concretização e avaliação de acordos sobre direitos.

A cooperação também não é necessariamente fruto de uma atitude de reciprocidade ou sentido de justiça, mas seguir um tipo de comportamento que prestigia a realização de interesses próprios³⁸⁵. Assim, de um ponto de vista externo, a mediação também é um tipo de justiça procedimental imperfeita. Ela não garante sempre um resultado desejado ou muito menos equânime. Trata-se, portanto, de uma forma de justiça por meio do procedimento e não no procedimento, como são os casos de justiça procedimental pura (HOFFE, 2003). Portanto, de um lado, o procedimento seria responsável por garantir condições procedimentais equitativas de discurso (voz, controle) em que pessoas livres e autointeressadas teriam condições de reconhecer o outro indivíduo dotado de valor e, conseqüentemente, reparar o dano. Contudo, o resultado justo ou mesmo desejável nem sempre é alcançado. Acordos não razoáveis e punições altruístas podem ocorrer independentemente de se seguir as regras discursivas e as condições de igualdade, liberdade e reciprocidade.

Esse tipo de dissintonia no procedimento pode resultar no que Cardoso de Oliveira (1989, p. 399-440; 1995) classificou como compromissos barganhados³⁸⁶, em que a falta de consideração e a dificuldade de se conferir significado às demandas de direitos podem resultar em acordos não equânimes.

Em outras palavras, em que pese a equidade ou correção do procedimento, não há como assegurar um resultado equitativo e correto apenas pela observância das condições de formais de discussão, como em um modelo de justiça procedimental

³⁸⁴ As pessoas podem preferir suportar os custos de cooperar para punir quem viola uma regra de cooperação, sobretudo quando é implausível esperar algum tipo de ganho com o procedimento, mesmo a longo prazo. Essas pessoas são consideradas *altruistics punishers*. Essa forma de reciprocidade é considerada uma reciprocidade forte (GINTIS et al., 2005).

³⁸⁵ A predisposição para reciprocidade ainda pode estar condicionada à crença na retribuição desinteressada, espontânea e gratuita, que os indivíduos se comportam altruisticamente não esperando reciprocidade, mas a partir de um sentido latente de cooperação e solidariedade constitutivas da vida em comunidade (MAUSS, 1974; GODBOUT, 1998; CARDOSO DE OLIVEIRA, 2004).

³⁸⁶ Consoante se ressaltou anteriormente, no primeiro tipo de acordo, há uma demonstração de um alto grau consideração, reconhecimento e atendimento às demandas dos litigantes, tendo como base o equacionamento de problemas de correção (normativa). Já os compromissos barganhados refletem um indistigável déficit de significado, representado por uma compreensão limitada da causa em pauta e pela falta de enfrentamento das pendências de ordem normativa e valorativa que inviabilizam qualquer tentativa de substantivação do acordo (CARDOSO DE OLIVEIRA, 1989, p. 399-340; 1995, p. 14).

pura. Um processo equitativo, consoante nos propõe Rawls, pode transportar a sua equidade para o resultado que produz (RAWLS, 2002; SANDEL, 2005), mas isso nem sempre é verdadeiro.

Nesse sentido, uma boa forma de se avaliar a razoabilidade da mediação e seu produto final, que é o acordo, há que se reservar um padrão independente que possibilite definir o que é justo e verificar se o procedimento é ou não capaz de assegurar esse tipo de resultado. No caso da justiça restaurativa, entende-se que os critérios de independentes de justiça — do ponto de vista material ou de conteúdo — são a *responsabilização*³⁸⁷ (qualidade da interação: culpa, vergonha, compaixão³⁸⁸ e perdão) e a *reparação ou restauração* (qualidade do resultado: restituição ou compensação simbólica e/ou material). Assim, a vítima precisa ser reparada em seus direitos e sentimentos e o agressor/autor precisa ser responsabilizado (ou melhor, responsabilizar-se). Não basta a satisfação das partes em relação ao procedimento³⁸⁹.

Uma ideia comum de justiça nesse tipo de procedimento está ligada à noção de “corrigir as coisas”, consoante argumentou Zehr (2008, p. 156), além da percepção de equidade e justiça no procedimento. Muito mais que uma vivência de justiça no procedimento, as partes esperam algum tipo de resultado reparador no âmbito da mediação, que, por sua vez, está diretamente vinculado à responsabilização do ofensor e à reconstituição ético-moral do ofendido.

As obrigações emergentes de um procedimento orientado por um ideal de reciprocidade pressupõem necessariamente um critério de justiça independente da mera adesão e obediência às regras procedimentais, seja ele qual for, de modo a permitir se aferir a justiça no caso concreto. O importante dessa concepção de reciprocidade é que a obrigação (moral), por exemplo, de reparar o dano causado preexiste ao procedimento e independe dele (SANDEL, 2005). Com isso, o dever moral de reparar um dano decorre, no contexto da justiça da mediação, não apenas de um dever jurídico contido na norma, mas de uma obrigação moral que vincula pessoas morais (NAGEL, 2004; FORST, 2010).

Por outro lado, é preciso ressaltar que as obrigações de caráter moral tendem a surgir apenas em situações em que princípios éticos têm lugar, ainda que as

³⁸⁷ Responsabilização no sentido bilateral, de assumir responsabilidades e se imputar responsabilidades.

³⁸⁸ Acorn (2004) cita a compaixão como um guia substantivo para correção da decisão.

³⁸⁹ Sherman (2003) aponta a satisfação com o procedimento como um dos principais elementos da justiça restaurativa.

obrigações morais não derivem simplesmente da existência da instituição (RAWLS, 2002). Assim, o caminho que se percorre da identificação das necessidades à reparação presente e futura (no sentido de compromissos de viver bem ou não causar mais danos) é fortemente dependente das condições éticas de discurso estabelecidas no contexto de justiça do procedimento de mediação.

Nesse sentido, o procedimento da mediação, mesmo que estabeleça condições de equidade para discussão, não está imune às críticas a partir de critérios preexistentes de responsabilização e reparação. Responder se um procedimento é justo ou injusto depende de um padrão moral independente do procedimento ou do que está em causa (SANDEL, 2005; RAWLS, 2002), diante do qual as partes não têm liberdade para escolher. As partes podem escolher qual tipo de reparação, mas não se há obrigação de reparar.

É preciso observar, todavia, que a obrigação de reparar não estabelece qual o tipo de gesto ou atitude de reparação é apropriada nem a sua grandeza. O tipo de reparação e sua grandeza deverão estar alinhados ao espírito da agressão, bem como sua compreensão, culpa e ressentimento (SCHMDTZ, 2009; STOKKOM, 2002; 2008; CARDOSO DE OLIVEIRA, 2008; GRISWOLD, 2007; FASSIN, 2013). A reparação, assim, pode variar desde uma mera resignação (no sentido de seguir em frente com a própria vida) até uma verdadeira renovação (no sentido de se sentir plenamente reparada moral e materialmente).

Assim, o justo vem antes do bem (útil, interesse) na perspectiva de um procedimento de justiça restaurativa que proponho aqui, mas o bem complementa o justo no caso concreto. As concepções próprias de bem de cada participante compõem, no contexto ético-moral da mediação, a consubstanciação da obrigação moral de reparar (retribuir) o prejuízo estabelecido intersubjetivamente no espaço retórico da mediação.

Em resumo, o procedimento e as condições discursivas que proporciona não podem ser vistas para além do que de fato eles são: mecanismos formais que devem ser apresentados e fomentados pelos atores institucionais no contexto concreto da disputa e a partir do qual podem ser julgados como adequados para pôr fim a determinado tipo de conflito. Com isso, a adesão ao discurso argumentativo da mediação não importa em aceitação ou reconhecimento irrestrito dessa reciprocidade universalizada ou de uma solidariedade entre os envolvidos no que diz respeito ao conteúdo do conflito.

As condições discursivas do procedimento fomentam uma ideia regulativa que nos permitir analisar e criticar eventuais defeitos dos consensos fáticos ou pseudoconsensos em todas as situações práticas, mas não determina ou constitui plenamente o consenso (ALEXY, 2013) enquanto resultado ou qualidade da interação.

5.1.3 Da justiça distributiva ou resultado

No processo criminal tradicional, há um terceiro em posição de superioridade em relação às partes que diz que tem razão e atribui ao vencedor o seu prêmio, em consonância com sua participação no processo (resultado). A ideia de justiça aplicada por uma instituição pública traz consigo a tarefa de arbitragem de litígios, a partir de preceitos de equidade: casos iguais devem ser tratados de um modo igual, tanto do ponto de vista negativo, da proibição de arbítrio, como também em termos positivos, como norma de imparcialidade (MAcCORMICK, 2008)³⁹⁰.

É obrigação de quem aplica a lei atribuir a cada pessoa exatamente o que lhe cabe na perspectiva do direito, tanto no sentido de proteger como de punir conforme a gravidade da violação do direito (ou a lesão à pessoa, se considerados a importância do dano) e o grau de culpa subjetiva (HOFFE, 2003)³⁹¹. Nesse caso, a ideia de reciprocidade invoca uma resposta proporcional do Estado para uma agressão à ordem jurídica e a afetação de um bem jurídico protegido penalmente. Quem infringiu a lei precisa pagar com seu próprio corpo (prisão; prestação de serviços) ou seus bens (multa).

O resultado desse processo de distribuição de encargos e compensações é uma pena devidamente dosada ou arbitrada conforme a gravidade da infração. Nesse sentido, pode-se afirmar que a justiça institucional é essencialmente distributiva (ou retributiva, se pensarmos na perspectiva de uma relação entre Estado x indivíduo).

³⁹⁰ Cardoso de Oliveira (1995) adverte que "(...) a priorização de questões de aplicação normativa, — centrada na discussão do significado das soluções ou encaminhamentos dados pelos atores que enfrentam o problema de equacionar as situações que demandam uma avaliação normativa—, não é feita ao custo do abandono do ponto de vista moral ou da preocupação com a pretensão de **imparcialidade** das soluções propostas neste empreendimento. Isto é, o questionamento da pretensão de validade normativa, calcada no potencial de universalização das interpretações que dão sustentação às decisões ou acordos "judiciais" em sentido amplo, continua sendo um referencial fundamental para a elucidação dos casos estudados e dos discursos práticos em geral".

³⁹¹ Na aplicação proporcional das regras no caso concreto, Gunther (2014) compreende a observância de uma regra de imparcialidade e a consideração de todas as circunstâncias. Contudo, Luhmann (2016, p. 461) considera que tanto a imparcialidade como a consideração de todas as circunstâncias ou pontos de vista não são mais considerados critérios, mas "*prescrições para o procedimento ou conduta para produção de decisões ainda não definidas quanto ao seu conteúdo (...)*".

Na justiça restaurativa, as distribuições e alocações são negociadas pelas partes, que estão no mesmo nível e possuem as mesmas capacidades jurídicas³⁹². Ambas têm em comum a preocupação com a equidade do resultado ou as alocações que cada indivíduo recebe de maneira que cada um tenha aquilo que merece.

Assim, mais do que ostentar uma preocupação com a equivalência na reparação de direitos no plano jurídico-formal (CARDOSO DE OLIVEIRA, 1995) ou com respeito institucional (qualidade do tratamento), a justiça restaurativa precisa se preocupar se o resultado do ponto de vista de quem participa do processo é apropriado, moral ou ético (FOLGER; CROPANZANO, 1998)³⁹³.

Um procedimento restaurativo que pretende ser equitativo necessita, portanto, conciliar a justiça do procedimento com os objetivos e propósitos de resolução de disputa das partes e a distribuição de bens (materiais e morais) entre os envolvidos. As pessoas precisam perceber o resultado como justo, a partir da avaliação sincera e, por que não dizer, imparcial³⁹⁴, sobre a *performance* ou contribuição de cada um para/no conflito.

Comprometer-se com um resultado justo para um determinado crime/transgressão/ofensa em particular reflete uma tentativa de se evitar a frequente discrepância entre direito e moralidade experimentada na eticidade concreta das relações interpessoais. Isso porque encenar a justiça significa, também, promover resultados justos que levem em conta as consequências da agressão e a adequação da reparação (DARLEY et al., 2003), no plano material ou simbólico³⁹⁵ (MOORE, 1993; RETZINGER; SCHEFF, 1996; RODGONO, 2008).

Contudo, tomar uma decisão coletiva de maneira justa é mais complicado do que aparenta ser. Não há uma verdade objetiva que determine ou conduza o resultado da decisão. Por isso, as pessoas envolvidas precisam atuar a partir de um padrão ou referencial. O padrão abstrato da lei é, geralmente, o critério básico de referência na definição do que é justo ou correto.

³⁹² Consoante sustentamos aqui, a justiça restaurativa não é um tipo de justiça comutativa, em que em há, necessariamente, igualdade ou proporção nas trocas (ZEHR, 2008; BIANCHI, 1984). Ver, também, Hoffe (2003).

³⁹³ Folger e Cropanzano (1998) elaboraram um estudo sobre a justiça no ambiente das organizações. Contudo, as ideias básicas sobre justiça se aplicam perfeitamente no contexto da mediação.

³⁹⁴ Nesse caso, as partes assumiriam a posição de um espectador ideal. Ver, nesse sentido, MacCormick (2008).

³⁹⁵ Reparações estas que guardam a mesma concretude sociológica (objetiva) do ponto de vista de quem a reivindica, embora nem sempre adequadamente compreendidas pelos interlocutores (CARDOSO DE OLIVEIRA, 2013).

O direito penal, enquanto repositório de uma moralidade supostamente consensuada – ressalta-se, com todos os seus defeitos –, institui obrigações de justiça correlativas de direitos. Ela pressupõe obrigações de A para B, ou melhor, do ofensor para o ofendido. E, de forma alguma, ela (norma penal) é silente em relação a essas obrigações.

A norma penal assegura que há um direito de reparação correlacionado à infração. Com isso, ela fornece razões de justiça que fundamenta o porquê de o ofensor ter de reparar o dano à vítima. Em outros termos, ela indica um comportamento aparentemente referendado pela comunidade e diz se uma determinada agressão é injustificada e que aquele que a praticou deve responder por ela.

Todavia, o padrão legal de responsabilidade é comumente insuficiente para dar cabo das particularidades de cada situação³⁹⁶. O direito positivo e a moral extrajurídica não coincidem pura e simplesmente (HOFFE, 2003). A lei não pode ser justa em todos os casos. Por isso, sua singularidade é, às vezes, rebelde à generalização para além do caso concreto (FARAGO, 2004). Em outras palavras, esse critério formal é frequentemente insuficiente do ponto de vista prático, em face das particularidades de cada conflito e do sentido (interpretação) que cada um empresta aos fatos.

Folger e Cropanzano (1998)³⁹⁷, todavia, chamam a atenção para um tipo de critério ou referencial de justiça que pode ser útil para gerar compreensão e, conseqüentemente, suscitar responsabilidades em uma situação concreta: a comparação social. Os autores mencionados dão como exemplo a situação de uma pessoa que deve avaliar se o seu salário é justo. Para isso, eles propõem que a pessoa encontre alguém que exerce função igual/semelhante e verifique os níveis de compensação remuneratórios recebidos pelo desempenho da função. Se a remuneração foi igual/semelhante, não há qualquer iniquidade. Se, contudo, for maior, isso pode gerar um sentimento de culpa em quem recebe mais pelo mesmo trabalho, embora a pessoa que é beneficiada costume ficar menos chateada quando é

³⁹⁶ É muito comum se associar a ideia de justiça simplesmente à concordância com direito vigente. Até hoje chamamos de Justiça o conjunto de órgãos do Poder Judiciário responsável por interpretar e aplicar a lei. Essa associação ignora, porém, o conteúdo moral da justiça.

³⁹⁷ Sobre a percepção da equidade na distribuição, ver também Greenberg (1986).

favorecida³⁹⁸. Porém, se recebe menos, essa pessoa pode se sentir injustiçada e reagir negativamente.

Essa perspectiva comparativa parece ser útil em campo dos conflitos cíveis ou disputas patrimoniais em que o dinheiro é mais importante. Em minha própria experiência recente como parte autora de uma ação no Juizado Especial Cível de Brasília, percebi que as propostas de acordo da empresa de telefonia acionada eram padronizadas. Elas levavam em conta o tipo de ofensa (cobrança indevida, inclusão do nome do cliente no cadastro de devedores etc.) para oferecer um valor de reparação. Esse mesmo padrão é adotado pelos juízes para decisão dos processos em que as partes não chegaram a um acordo. Uma indenização por cobrança indevida e inclusão do nome do cliente no cadastro de devedores geralmente leva a uma condenação da empresa ré em cerca de R\$ 3.000,00. Dificilmente, o valor deferido supera esse patamar³⁹⁹.

Com base nessa informação, aceitei a proposta oferecida pela empresa, consciente de que a não aceitação poderia resultar em resultado equivalente ou menor. Também percebi que o que me foi oferecido era bem parecido com o que era oferecido aos outros clientes, razão pela qual não me senti menos valorizado em meus direitos.

Ocorre que, com frequência, as questões penais não se restringem a meras disputas patrimoniais. A agressão a direitos vai muito além do mero prejuízo monetário e, no mais das vezes, demanda esforços de reparação que promovam o equacionamento de demandas morais entre os atores (CARDOSO DE OLIVEIRA, 1989; 1995; 2008). Por isso, o ponto de partida é reconhecer o desequilíbrio (moral) entre as partes (agressor e vítima) e a necessidade se conscientizar os envolvidos a promover um debate cooperativo que viabilize um agir orientado para recomposição de direitos e reparação de sentimentos.

Por isso, a comparação que há de ser feita é com as situações em que uma pessoa que causou determinado tipo de sofrimento foi obrigada ou convencida a reparar por esta era a coisa correta (do ponto de vista ético-moral) ou mais adequada (do ponto de vista da avaliação do custo-benefício), ainda que esse último de tipo de

³⁹⁸ Tyler (2003) também chamou a atenção para isso. Pessoas costumam considerar justas e aceitáveis decisões que lhe sejam favoráveis.

³⁹⁹ Sobre as práticas de mediação nos Juizados Cíveis no DF, ver Vieira (2017).

reparação não dê conta inteiramente de demandas de caráter ético-moral ou de reparação do insulto.

Ainda que essa atitude incentivada — portanto, não espontânea e gratuita — resulte em um tipo de compromisso que não gere gratidão, como parece sugerir Strawson (2008)⁴⁰⁰ em relação às ações intencionais e desinteressadas em benefício do outro⁴⁰¹, o mais importante é que o resultado alcançado contemple de forma integral os direitos prejudicados na disputa, de modo que as partes levem referida experiência de justiça para fora do contexto institucional e reconheçam que podem ser justos em outras situações semelhantes.

Esse incentivo na percepção e compreensão do insulto ou agressão, como uma atitude de desconsideração à pessoa do outro, denota um tipo de “moralidade ou eticidade incentivada”, que reforça a importância dos aspectos institucionais de legitimidade e equidade na administração oficial dos conflitos.

A autoridade reconhecida como legítima (justiça procedimental) facilita a articulação entre as demais dimensões de justiça: resultado e interacional. Por conseguinte, além da atitude das partes umas em relação às outras (no sentido de abrir para o debate cooperativo e respeitoso que permita alternativas interpretativas sobre a disputa) e qualidade de reparação, a *performance* do mediador é fundamental para o tipo de acordo firmado (CARDOSO DE OLIVEIRA, 1989).

Isso porque ele pode apresentar na discussão casos-situações que permitam às partes se identificarem e avaliarem, de forma comparativa, o problema que as envolve. Com isso, as partes serão, de alguma forma, instadas a avaliar suas contribuições no conflito e os resultados causados de modo a verificar e perceber quão justa é a necessidade de reconhecer o erro e corrigi-lo.

Ademais, cabe a ele ponderar os resultados possíveis e comumente obtidos em disputas semelhantes, consistente em pagamento de valores, pedidos de desculpas e outras formas de restituição ou reparação, bem como de provocar a

⁴⁰⁰ Strawson (2008) ressalta que ações intencionais em favor dos interesses do outro podem gerar uma obrigação de gratidão. Em sentido, contrário, benefícios concedidos de forma acidental, não querida ou mesmo arrependida não geram essa obrigação.

⁴⁰¹ Ou, ainda, um tipo de reciprocidade desinteressada e difusa, consoante parecem sugerir Mauss (1974) e Godbout (1992) em relação à noção de dádiva. Nesse caso, a reciprocidade assume um sentido de dar sem exigir nada em troca, sendo que referido gesto resulta em um tipo de obrigação para quem recebe de agir com igual generosidade em favor do outro. A relação entre obrigação e gratuidade como uma característica central da dádiva já havia sido destacada no ensaio clássico de Mauss sobre o tema (1974). Contudo, consoante sugere Cardoso de Oliveira (2001), Godbout explora aspectos importantes da especificidade e da complexificação desta relação em sociedades modernas, permitindo articulações interessantes com a problemática do reconhecimento.

avaliação de cada um sobre sua efetiva participação/contribuição para/no conflito no tocante aos resultados e prejuízos. A informação, nesse caso, é fundamental para avaliação comparativa e para motivar as pessoas a atuar em favor das outras (HOOGE et al., 2007).

O objetivo dessa intervenção é o de persuadir ou convencer as partes envolvidas a se responsabilizar e a perdoar/desculpar e, conseqüentemente a reparar e aceitar a reparação, na medida de sua participação no conflito, pois essa era a coisa correta a se fazer do ponto de vista ético-moral e mais adequada do ponto de vista da avaliação do custo-benefício.

Como vimos anteriormente, contudo, esse tipo de papel informativo, que permite às partes comparar e avaliar suas contribuições, bem como custo vs. benefício de cada resultado é desestimulado ou mesmo vedado nas práticas institucionais de mediação no Brasil. A doutrina da mediação e as normas éticas que regem a atividade do mediador vedam que ele assuma um papel avaliativo (RISKIN, 1996)⁴⁰² ou proponha ou sugira possíveis resultados para negociação.

Isso, a meu ver, pode comprometer a escolha adequada de resultados possíveis e desejáveis. A simples possibilidade de escolha em participar do procedimento e de ter voz não pode ser confundida com um resultado equânime/equitativo (no sentido proporcional ou merecido) que englobe reparações mais consistentes e completas. As partes precisam avaliar a média de suas contribuições para o conflito em termos de atitudes, comportamentos e então comparar (interna e externamente) as ações que cada um deve fazer em termos de reparações ou compensações (DAI; XIE, 2016).

O que uma pessoa deve a outra, nesse caso, de uma perspectiva comparativa, é determinado somente pela referência de sua relação com outro (FEINBERG, 1974), como uma troca de perspectivas a partir do cruzamento entre a indignação moral e o remorso/culpa/vergonha (RODOGNO, 2008)⁴⁰³.

Se uma pessoa tem de avaliar se ela tem de fato a obrigação de reparar, ela precisa ser levada a considerar como em uma situação similar outras pessoas foram

⁴⁰² Um mediador ou facilitador avaliador adota um comportamento no sentido de querer controlar alguns ou todos os efeitos da mediação. Ele avalia (define) os assuntos relevantes à mediação. Considera que as partes querem e necessitam de orientação e indicação da melhor solução para o caso (RISKIN, 1996).

⁴⁰³ No sentido de assumir culpa e se envergonhar: "Eu fiz isso; eu sei que o que fiz é errado ou arriscado; eu poderia ter me comportado de maneira contrária ou diferente" (HARRIS et al., 2004 apud RODOGNO, 2008, p. 154).

igualmente constrangidas a reparar e em que termos. Se o agressor perceber que em uma situação semelhante a outra pessoa foi obrigada ou convencida a reparar o dano, ela pode experimentar um sentimento de culpa (com foco no ato e não em si próprio) e perceber que a reparação é melhor providência a ser tomada.

Para que isso ocorra, o mediador tem um papel fundamental na contextualização dos fatos e na colocação das opções para o problema, na medida em que a versão ideal da culpa envolve responsabilidade. E a culpa, remorso, arrependimento e a empatia, muitas vezes, precisam ser motivadas e gerenciadas.

5.1.4 Justiça interacional

A ideia de justiça procedimental está diretamente relacionada à noção de solidariedade institucional, ou qualidade de tratamento institucional em relação às pessoas participantes do procedimento (THIBAUT; WALKER, 1974; 1975; LEVENTHAL, 1977; TYLER, 1990; 2003; LIND; TYLER, 1988; COLQUITT, 2012).

As teorias sobre justiça interacional também concebem essa dimensão de justiça, como a adequação ou qualidade do tratamento recebido pelas pessoas de figuras de autoridade (CROPANZANO et al., 2007; FOLGER; CROPANZANO, 1998; DAI; XIE, 2016; BIES; MOAG, 1986; BIES, 2018; COLQUITT, 2012). Entretanto, a meu ver, essa qualidade de tratamento institucional que provém e que é exigida da figura de autoridade (mediador, juiz) é perfeitamente absorvida e faz sentido como um componente da justiça procedimental (LIND; TYLER, 1988; TYLER, 1990; 2003; 2010) ou da justiça procedimental e distributiva (GREENBERG, 1993)⁴⁰⁴.

Por isso, sustenta-se aqui que é preciso fazer uma clara distinção entre a qualidade do tratamento institucional (justiça procedimental) da solidariedade interacional ou da justiça ou equidade nas relações concretas entre as partes (BIES, 2018). Essa separação auxilia tanto na compreensão das diferentes relações que existem no âmbito da mediação, como também fornece ferramentas analíticas importantes para se compreender o funcionamento dessa face institucional de administração de conflitos.

⁴⁰⁴ O próprio Bies, um dos maiores defensores da separação entre justiça interacional e procedimental, já incluiu essa perspectiva de justiça interacional como qualidade do tratamento institucional como um componente da justiça procedimental. Muitos dos críticos da concepção de justiça interacional tentaram persuadi-lo de que ele estava apenas articulando uma outra faceta da justiça procedimental (BIES, 2018).

A interação do mediador com as partes e a interação das partes entre si são distintas. Assim, para fins deste trabalho, considera-se a qualidade do tratamento institucional às pessoas como um componente da justiça procedimental e a qualidade de tratamento interpessoal entre os atores envolvidos no conflito-base (partes) como um componente da justiça interacional⁴⁰⁵.

A justiça interacional está preocupada com a maneira como uma pessoa trata a outra numa dada situação específica (CROPANZANO et al., 2007), seja em relações de troca materiais, seja em relações altruístas (BIES, 2018). O foco são as autênticas experiências de justiça entre indivíduos em que o alvo é a correção da relação (SCORN, 2004).

A justiça interacional pode ser dividida em duas partes: justiça interpessoal e na justiça informacional (GREENBERG, 1990). No plano da mediação, a justiça interpessoal significa, a meu ver, a necessidade de tratamento do outro com respeito e consideração. A interação assume, portanto, uma dimensão ético-moral que aciona a ideia de reciprocidade bem próxima à sugerida por Mauss (1974). Ideia essa que permite o equacionamento moral dos conflitos por englobar, ao mesmo tempo, direito e valores, ou seja, uma dimensão normativa e valorativa da eticidade (CARDOSO DE OLIVEIRA, 1993).

Assim, a ideia de reparar decorre não apenas do reconhecimento de direitos e deveres impostos pela lei ou procedimento às partes, mas como afirmação do reconhecimento mútuo entre os envolvidos de sua dignidade e respeitabilidade enquanto seres dignos de valor em si. A dimensão interacional da justiça está relacionada, portanto, aos aspectos da conduta social (moral) que têm implicações sobre a dignidade da outra pessoa. O foco é o reconhecimento do outro como alguém digno de respeito e consideração, como fruto da sensibilidade interpessoal.

Aliás, é preciso ressaltar que qualquer tipo de troca envolvida na mediação depende desse reconhecimento da identidade do interlocutor como alguém digno de respeito e consideração, mesmo que se considere essa troca (material ou simbólica) como uma transação transitória, um episódio de encontro que não irá se repetir. Com

⁴⁰⁵ É preciso ressaltar que ambas reivindicam um caráter dialógico do reconhecimento que não pode ser expressado adequadamente em um plano meramente formal. O respeito e consideração do mediador à situação particular das partes e o dar voz e controle a ambos sobre o processo constitui um conjunto de trocas substantivas de palavras e gestos de apreço que não se observa comumente no processo tradicional predominantemente escrito e legalista. Esse mesmo respeito e consideração se espera na relação ou no diálogo entre as partes.

isso, a mediação pretende resgatar um tipo de relação social fundamentada em deveres recíprocos, típico de trocas primitivas ou relações comunitárias que envolvem deveres de dar e receber (SAHLINS, 2004). O procedimento forma, assim, uma conexão entre o fluxo de bens (e o tipo e a proporção da reciprocidade) e as relações sociais que se estabelecem por meio do incentivo à interação direta, dialogada e respeitosa.

A inclusão da perspectiva interacional na justiça formal, como a própria leitura de Mauss sobre a dádiva e reciprocidade⁴⁰⁶, marcaria uma reinvenção do próprio direito ou retorno a um direito que incorpora noções de solidariedade e respeito mútuo entre membros de uma mesma comunidade (MAUSS, 1974). A adição de valores no equacionamento dos direitos representaria, assim, uma experiência de justiça que traria sentido ao próprio direito (CARDOSO DE OLIVEIRA, 1993).

No plano informacional, a interação reivindica a apresentação de justificativas e explicações sobre o comportamento, a exposição das consequências, necessidades e das emoções afetadas durante no conflito (GRISWOLD, 2007; VAN STOKKOM, 2008; HOFFMAN, 2000; CARDOSO DE OLIVEIRA, 2008; 2010).

O julgamento sobre qualidade da interação depende de uma avaliação do respeito, das justificativas apresentadas, da propriedade e da confiabilidade (BIES; MOAG, 1986). A justiça interacional está preocupada justamente com essa qualidade do relacionamento entre os participantes. Por quê? Porque a percepção de equidade pode ser vista como um motivo para o comportamento das pessoas, na medida em que gera confiança, satisfação e comportamento cooperativo (DAI; XIE, 2016).

A justiça interacional é uma categoria de justiça que funciona como uma variável situacional no procedimento, ou seja, ela pode afetar a opção sobre onde deve ser colocar a culpa/vergonha: sobre si mesmo ou sobre o outro. É que em uma situação concreta a forma como uma pessoa trata a outra pode variar entre a consideração e a sensibilidade ou o desprezo e a indiferença. E a forma como isso se desenvolve depende fortemente do gerenciamento das emoções (RODOGNO, 2008).

Essa categoria ou tipo de justiça tem como foco os aspectos do conteúdo das explicações relacionadas ao comportamento entre os envolvidos, mas que a própria existência de uma explicação em si para o comportamento. Ela dá ênfase à qualidade

⁴⁰⁶ Mauss (1974) destaca o caráter relacional do direito, embutidas nas obrigações de dar, receber e retribuir verificadas na dádiva. De acordo com Cardoso de Oliveira (1993) a noção de reciprocidade de Mauss permite a articulação de questões de direito e valores em uma perspectiva relacional.

de comunicação interpessoal entre as pessoas e se a forma de comunicação é apropriada ou não (DAI; XIE, 2016), bem como se é capaz de despertar obrigações espontâneas de correção e reparação de direitos. Dito de outro modo, os esforços de comunicação no procedimento devem levar em conta esse tipo de interação como forma de motivar as partes a buscarem um jogo justo e uma conduta moral, que leve em conta os interesses dos outros (FOLGER; CROPANZANO, 1998).

Por isso, referido modelo tem a pretensão de romper com a concepção puramente egoística de pessoa, isto é, de indivíduos preocupados apenas com seu interesse próprio para enfatizar preocupações de equidade no processo de interação entre os envolvidos (LIND; TYLER, 1988). De acordo com essa concepção, a discussão sobre o *bem* não significa apenas uma ideia particular de bem, vinculada a posições egocêntricas dos atores, mas também a uma concepção de bem partilhada intersubjetivamente, no sentido de que a definição do conflito em termos consensuais ajuda a alcançar uma ideia cooperativa de justiça. Ao aceitarem participar da mediação, as partes assumem também uma identidade pública e admitem uma concepção política de justiça diferenciada que poder vir ou não a funcionar na realidade.

Em sua análise crítica sobre a justiça restaurativa, Scorn (2004) questiona: por que as vítimas iriam querer gastar tempo e energia em maus e não queridos relacionamentos que elas poderiam preferir eliminar de vez de suas vidas? De modo geral, a autora sugere que a justiça restaurativa somente funcionaria para pessoas com mais pacientes, mais comprometidas com a paz e harmonia comunitária, mais piedosas e com mais boa vontade em persistir em uma relação com pessoas que erraram com elas e menos grosseiras ou rabugentas.

Do ponto de vista prático, todavia, sugere-se que as pessoas podem ser motivadas a se entenderem porque: a) há um problema real e concreto a ser enfrentado; b) a pendência gerada pela disputa cria desconforto, angústia e dor; c) a composição pode evitar novos conflitos ou agravamento do anterior; d) as pessoas podem de fato estar interessadas na paz social (SCORN, 2004).

De modo geral, uma justiça integral ou completa demanda que as três dimensões de justiça funcionem juntas. Contudo, pesquisas demonstram que, quando uma ou duas falham, mas uma é mantida, a percepção de injustiça é menor, principalmente se o que permanece é a justiça interacional, que funciona como o verdadeiro eixo ou fonte estruturadora da discussão do conflito. A baixa

distributividade ou a pouca justiça no procedimento pode ser relativizada se houver justiça na interação entre as partes (CROPANZANO et al., 2007).

5.2 POR QUE AS PESSOAS COOPERAM?

Uma questão importante é como garantir aderência às características estruturais do processo de tomada de decisão coletiva e, com isso, motivar a cooperação? Basicamente são três as motivações autorregulatórias que pretendem ativar valores internos das pessoas: a) obrigação; b) vergonha⁴⁰⁷; c) culpa⁴⁰⁸.

A *obrigação* como fator de motivação invoca um dever justiça correlacionado a direitos. As pessoas são motivadas a cooperar, nesse caso, quando percebem ou são convencidas de que o ato que cometerem é errado de um ponto de vista moral (e legal) e que, reparar é a coisa certa a se fazer.

A primeira motivação deriva da justiça do procedimento. A obrigação e a responsabilidade para com a autoridade do procedimento ativam a motivação para participar e aceitar o resultado do procedimento. Uma das formas de ser alcançar consentimento e cooperação seria, portanto, demonstrar a legitimidade do procedimento e da autoridade (TYLER, 2003). Um tratamento interinstitucional de qualidade pode proporcionar uma experiência de respeito e consideração em que são reconhecidos os direitos, interesses e sentimentos das partes (CARDOSO DE OLIVEIRA, 1989; 1995; 2004; 2008; 2010; 2011)⁴⁰⁹.

⁴⁰⁷ Rodogno (2008) elaborou um estudo consistente para tentar distinguir os efeitos da culpa e da vergonha na justiça restaurativa. Não se pretende aqui me deter nessa discussão. De acordo com os estudos de Harris (2003), vergonha e culpa são emoções complementares e indistinguíveis na mero dos sujeitos.

⁴⁰⁸ Tyler (2003) separa esses três tipos de motivação autorregulatórias em três modelos distintos. A obrigação estaria vinculada ao modelo de justiça procedimental. A vergonha ao modelo de justiça restaurativa. E a culpa ao modelo de desenvolvimento moral. Contudo, a meu ver, essas três formas de motivação combinam perfeitamente no modelo de justiça restaurativa institucional que temos no Brasil. A justificativa para tanto é que nosso modelo institucionalizado as partes são direcionadas à mediação. Não há um endereçamento ou escolha voluntária do tipo de procedimento. Nesse sentido, a avaliação da legitimidade do procedimento é pertinente e deve ser levada em conta na análise das atitudes de rejeição ou cooperação/consentimento. Por outro lado, culpa e vergonha, são valores morais que são acionados com frequência em disputas no campo penal. Desse modo, tanto o foco sobre o relacionamento e o interesse pelo outro como sobre os princípios morais de cada um sobre o que é certo e errado devem fazer parte da discussão.

⁴⁰⁹ Folger e Crapanzano (1998) ressaltam que a percepção sobre a qualidade tratamento interpessoal depende do grau com as pessoas mostram sensibilidade interpessoal para com o outro, que pode implicar mais vergonha e arrependimento que propriamente os arranjos procedimentais, isto é, a forma como a instituição lida com o conflito.

Por isso, as pessoas precisam perceber e acreditar que o procedimento é o mais adequado para resolver o litígio. Uma das formas de se fazer isso é assegurar um procedimento equitativo (justiça procedimental), uma vez que é supostamente capaz de eliminar os limites psicológicos para se iniciar concessões e se formular acordos possíveis (McWEN; MAIMAM, 1984), a partir da percepção de que reparar é o certo a se fazer.

Ocorre que um ofensor pode concordar em fazer uma reparação sem demonstrar qualquer remorso pelo ato ou uma vítima pode mostrar que recuperou seu autorrespeito sem exibir empatia ou solidariedade, como em situações em que a reparação está apoiada em cálculos de custo x benefício (DALY, 2006). Nesse caso, a motivação para agir é instrumental (TYLER, 2003).

A segunda forma de motivação é *vergonha*. O ofensor também pode enxergar na reparação um meio para buscar sua autorreabilitação (TAYLOR, 1996). O foco, nesse caso, está no relacionamento entre as partes. A vergonha ocorre quando uma pessoa desaponta ou maltrata a outra. Por isso, a vergonha está diretamente relacionada com o eu e seu foco é sobre a avaliação negativa de si mesmo (vergonha de si mesmo) (RODOGNO, 2008).

Uma questão que envolve a vergonha como fator de motivação é: como criar motivação fundamentada nesse sentimento que conecte o que é correto de um ponto de vista objetivo com o que é correto subjetivamente?

A justiça restaurativa busca comunicar aos ofensores que esses são valorizados e respeitados quando têm uma atitude positiva no relacionamento com os outros. O que significa dizer repudiar o comportamento prejudicial e tentar arrumar formas de recuperar os danos cometidos (TYLER, 2003). Ocorre que, como já ressaltado, o acionamento da responsabilidade legal e moral demanda um certo grau de exposição pública, consistente na ênfase da comunicação das más consequências sofridas pela vítima como resultado do crime, mais do que chamar a atenção para natureza do crime (RODOGNO, 2008), que é algo típico da discussão jurídica realizada no processo judicial tradicional.

No processo argumentativo, contudo, além de motivar emoções positivas, o mediador precisa gerenciar os indesejáveis efeitos das emoções negativas. Por exemplo, não permitir que a vergonha seja acionada na retórica discursiva de uma das partes para sustentar a indignação moral e, com isso, causar um sentimento de

incompetência, humilhação, inferioridade ou o pensamento de problema é a própria pessoa e não conduta em si (RODOGNO, 2008).

A terceira motivação é a *culpa*. A culpa é acionada pelos valores morais que cada pessoa guarda consigo. Esses valores levam a que a pessoa se sinta culpada quando viola seus próprios padrões de certo e errado (TYLER, 2003; VAN STOKKOM, 2002; 2008). O foco da culpa é sobre o ato e não tem como elemento central uma avaliação negativa sobre si mesmo. A culpa está relacionada a algo feito, erros cometidos⁴¹⁰.

Por isso, é preciso reconhecer que deve incentivar, por meio da comunicação clara das consequências do ato e do erro do comportamento, reações determinadas sobre como as pessoas devem agir de maneira ética ou de forma moralmente apropriada, bem como encorajar as partes a pensar no custo-benefício de escolher um ou outro curso de ação. Avaliação essa que deve levar em conta os riscos de se receber uma punição mais severa, gasto de tempo e outros eventuais efeitos colaterais da não participação na mediação.

Em situações em que a relação é valorizada, a culpa parece surgir como preocupação positiva, a partir da capacidade considerar a perspectiva do outro. Pessoas se sentem mais culpadas em relação a ofensas praticadas a pessoas da família, amigos, parentes. Já entre pessoas que não se conhecem a vergonha tem um papel fundamental na construção do reconhecimento, do arrependimento e da responsabilização (VAN STOKKOM, 2002)⁴¹¹.

Observa-se, contudo, que alguns achados de pesquisa têm demonstrado que acionamento de sentimentos ou emoções de culpa por meio de influências exógenas têm motivado cooperação, enquanto que a vergonha não (HOOGE et al., 2007).

De toda forma, o mediador tem um papel fundamental na motivação da cooperação por meio do acionamento das emoções morais.

⁴¹⁰ Essa característica da culpa pode suscitar responsabilidade parcial e não uma mudança interior (RODOGNO, 2008).

⁴¹¹ Van Stokkom (2002) discute o papel da culpa e da vergonha na reparação simbólica a partir de diferentes trabalhos. Há discordância entre os autores sobre os perigos e efeitos morais de cada um na construção de responsabilidades e reparação. Moore (1993), por exemplo, supõe que a preocupação com a culpa não encoraja o ofensor a focar sobre as consequências da ofensa para a vítima ou sobre a comunidade. Algo que Van Stokkom (2002), a partir dos estudos de Tangney e Baumeister, entende, porém, que essa suposição é insustentável. A culpa, como um fenômeno interpessoal, seria útil para a finalidade de entendimento. Já a vergonha despertaria o lado negro dos efeitos morais da mediação que seria o de conduzir o agressor a esconder e fugir, escapar das responsabilidades e não reconhecer o erro que causou o dano. Contudo, não se pretende entrar nessa discussão no âmbito do trabalho. O importante é considerar tanto culpa como a vergonha podem auxiliar a motivar respostas construtivas ou negativas para o processo.

5.2.1 Outras formas de motivar a cooperação

Diante dessas diferentes formas autorregulatórias que motivam o comportamento, a mediação precisa prover um equilíbrio entre o racional e o razoável no processo de criar motivação nas partes para resolver o conflito, seja por meio do direcionamento ou da provocação de uma reação em cadeia que leve ao arrependimento, ao remorso, à vergonha, à culpa e ao perdão, como algo ideal do ponto de vista moral (razoável) (RETZINGER; SCHEFF; 1996; MOORE, 1993), seja por meio de uma consideração racional de que vale a pena reparar o dano para evitar o processo ou de que vale a pena receber uma compensação pessoal (reciprocidade altruísta) pelo dano em lugar de uma compensação social (GINTIS et al., 2005).

A mediação dá a chance ao ofensor para se arrepender, responsabilizar-se e reparar; e, para a vítima, criar empatia, perdoar ou se solidarizar com o agressor como um processo de aprendizagem moral (VAN STOKKOM, 2002; SCORN, 2004). Caso as partes não queiram ou consigam dialogar, a forma e o modo compensação ou reparação do mal causado será decidida por um terceiro e exigida dele.

Uma outra maneira de motivar a cooperação é buscar assegurar que o resultado, em alguma medida, atenda aos anseios, necessidades ou merecimento de quem participa dele. Um resultado justo ou favorável é diferente de um resultado *criado* (decidido) de maneira justa.

Assim, para além de um tratamento com respeito e dignidade, que leva em conta o que as pessoas têm a dizer sobre o problema e o reconhecimento dos direitos e sentimentos (CARDOSO DE OLIVEIRA, 1989; 1995; 2004; 2008; 2010, 2011), é preciso que a parte ofendida se sinta reparada e que o ofensor entenda que tem o merece.

Uma justiça substancial ou de resultado que, no caso da mediação, é construída de forma coletiva ou compartilhada (negociada entre as partes) e não decidida por um juiz de formal impessoal, precisa corresponder às expectativas distributivas dos envolvidos de acordo com suas necessidades/merecimento.

A percepção de justiça ou a orientação que as pessoas têm sobre o sistema de justiça criminal, assim, é influenciada tanto pelos aspectos relacionados à qualidade do procedimento como pelo tipo de resultado (acordo justo ou equânime que repare o dano sem impor um ônus excessivo e/ou humilhante ao agressor).

Outra boa forma de gerar cooperação é vincular as ações ou atitudes de responsabilização e reparação diretamente com as ofensas ou prejuízos sofridos e com as recompensas advindas da cooperação. Ou seja, a qualidade do resultado. O vínculo claro entre as ações e os prêmios/sanções motivam as pessoas (TYLER, 2010). A falta de relação entre conduta e punição, por exemplo, é um dos motivos do fracasso da justiça retributiva⁴¹².

O direito penal expressa um princípio de justiça de acordo com qual o infrator deve receber pelo crime aquilo que merece. E essa avaliação moral sobre a justiça de uma decisão leva em conta justamente o merecimento mais que preocupações instrumentais (preventivas) de como prevenir um crime futuro. As pessoas aceitam uma punição como justa quando ela está de acordo com seu senso moral do que é justo (proporcional, adequado) em razão do ato malfeito (TYLER, 2010).

Nesse sentido, Lemos (2017, p. 161) aciona a categoria “puxar pena” para demonstrar ambiguidade das percepções dos presos relacionadas ao crime enquanto violação da lei ou prejuízo à outra pessoa. Se, por um lado, muitos presos reconhecem a culpa e assumem suas responsabilidades e, por conseguinte, julgam merecer castigo⁴¹³, no sentido de resultados ruins acontecem com pessoas ruins e que essas atitudes podem resultar em dor e consequências custosas (LERNER, 2003); por outro, entendem “[...] que cadeia não serve para nada, só para formar bandido”.

Essa percepção de justiça ou equidade deriva do sentimento de obrigação ou deveres morais de uma pessoa. Nesse sentido, Lemos (2017, p. 176) discute essa questão a partir da categoria “pagar pena”, como fruto de uma dívida contraída pela por quem cumpre pena em estabelecimentos prisionais em razão de um crime cometido. Contudo, essa obrigação, “[...] muito mais do que uma dívida legal, essa dívida é moral; é uma dívida perante o Estado (o juiz), a sociedade, a entidade divina e, especialmente, si mesmo”, no sentido de que “[...] todo mundo tem que pagar pelos seus erros (Yara)”.

⁴¹² Essa falta de relação entre crime e castigo também tem se mostrado inadequada para gerar legitimidade e confiança no sistema penal e motivar as pessoas a obedecer às regras (TYLER, 2010; ZAFFARONI, 2001; ANDRADE, 2003).

⁴¹³ A avaliação de quais tipos de respostas à violação das normas as pessoas entendem como adequadas, quão severas elas deveriam ser e em que situações em elas sentem que uma ofensa deve ser punida compõe o estudo da psicologia da retribuição (TYLER et al., 1997). Lerner (2003) menciona que muitas pesquisas relacionadas ao conceito de privação relativa revelam que a satisfação das pessoas depende se elas recebem menos do que pensam que merecem, mas que o valor objetivo dos resultados em si.

Essa ideia de merecimento como uma percepção da justiça é expressada nas falas dos presos (as) entrevistados (as):

F.: Eu erreí, né? Eu erreí... eu tô sabendo que não é certo, eu erreí... Tenho que pagar o erro, né? C.B.L.: Mas pagar para quem?

F.: **Para a sociedade, é, tô pagando que o que eu fiz não foi na sociedade? Tem que pagar. Que se eu fizer um crime e não pagar... poxa... oh lá de cima... Num paga de um jeito vai pagar de outro, né? Sempre vai pagar.** Se você faz um mal aqui não vai pensando que você vai passar despercebido não que... tem gente te olhando. (Francisco).

Pagando pro Estado, uma dívida que a gente tem com o Juiz. O juiz condenou a gente, é uma dívida que a gente tem com o juiz. **E a gente tá pagando por nós mesmos, pelo que fizemos, é uma dívida.** (Leonardo). (LEMOS, 2017, p. 177, grifos do original).

Contudo, o julgamento sobre a equidade da decisão vai além da relação direta entre o crime imputado pelo Estado e o cumprimento ou pagamento da pena. Lemos (2017, p. 177) cita o caso de um preso (Anderson) que, mesmo tendo sido condenado por um crime alega não ter praticado, considerou justo o julgamento em razão de outros delitos cometidos no passado e pelo quais não havia “pago”:

A.: E ali foi uma situação que até então foi difícil pra mim entender, mas, **hoje, apesar de tudo, eu vejo que foi até uma condenação justa, né?**

C.B.L.: Por quê? Se você não tinha feito?

A.: **Porque infelizmente eu não vou ser hipócrita de falar não, ciente dos crimes que eu fiz, que eu cometi.**

C.B.L.: Outros, né?

A.: É, outros crimes que eu cometi, **então eu sabia que eu tinha que pagar de alguma forma** (grifos no original).

Pode-se notar que a dívida contraída por esses outros crimes não era legal, na medida em que sequer havia sido condenado por eles, mas sim moral. Desse modo, mesmo sendo inocente naquele caso, Anderson relata que, quando sua sentença foi confirmada em segundo grau, apresentou-se à delegacia por livre e espontânea vontade: “Falei vou ter que pagar um dia, melhor pagar enquanto eu ainda tô novo” (LEMOS, 2017, p. 177).

O processo restaurativo desconstrói a dogmática penal, na medida em que desconsidera a antijuridicidade do fato e dilui a coatividade pessoal, que dá sustentação às formas de respostas estatais de caráter punitivo, em favor da reparação dos danos e dos vínculos (ZEHR, 2009; GARAPON, 2001). As distinções artificiais e ambíguas entre as diferentes esferas de ilicitude (cível e penal), que reservam ao público e ao penal os danos supostamente irreparáveis, deixam de existir

com o objetivo de possibilitar que o processo prestigie a reparação (compensação) em lugar da punição (SCORN, 2004).

O que há de irreparável em uma ameaça, uma lesão corporal leve ou uma injúria? Por que essas condutas são consideradas infrações à ordem pública e não um dano particular ou por que o Estado entende que também lhe interessa cuidar penalmente dessas ofensas se a vítima não quiser fazê-lo?

Observa-se, contudo, que, além da qualidade dos arranjos procedimentais que levam a sério a participação e as escolhas dos envolvidos, a construção do resultado depende fortemente do tipo de interação que as partes desenvolvem. Um resultado equitativo em termos de distributivos (reparação, compensação) reivindica justiça ou equidade na interação entre as partes, ou seja, depende da qualidade de tratamento ou de reconhecimento entre os atores (FOLGER; CROPANZANO, 1998).

Da parte do autor/agressor, esperam-se escusas ou justificativas após o evento que causou a indignação moral que sinalizem uma atuação não intencional, o arrependimento, a culpa e o desejo de reparação e que influenciem a percepção de justiça por parte da vítima. De parte da vítima, espera-se perdão, compaixão ou simpatia, a partir de uma avaliação moral da conduta do agressor durante o procedimento.

A justiça restaurativa, mesmo que com suas pretensões de comunicar respeito, negociação e a reajustamento (SCHEFF; RETZINGER, 1991; RODOGNO, 2008), ou seja, de proporcionar mecanismos de interação entre as partes sem coerção e com paridade, a fim de que propiciar um ambiente favorável à reciprocidade, enquanto princípio substantivo de justiça (HOFFMAN, 2000) e autorrealização individual (HONNETH, 2015), é também uma justiça de tipo formal (procedimental imperfeita). Ela não assegura resultado pela simples observância do procedimento.

Assim, em primeiro lugar os participantes precisam acreditar que essa concepção pública de justiça, sustentada pelo modelo de justiça restaurativa, é de fato apta para possibilitar que eles resolvam seus conflitos de forma autônoma e obtenham resultados satisfatórios do ponto de vista material e moral. Em outras palavras, para que haja diálogo, antes de qualquer coisa as partes precisam acreditar na justiça restaurativa, mesmo que os pontos de vista e necessidades de cada um não possam ser conciliados ao final. É que a crença na forma institucional é essencial para viabilizar o gerenciamento de emoções (RODOGNO, 2008).

Contudo, para além da crença na adequação ou legitimidade do procedimento, a cooperação demanda o despertar da consciência moral (consciência do dano) em que cada parte precisa levar em conta os direitos, interesses e reconhecimento do outro mais do que operar somente com base em seus interesses próprios (CARDOSO DE OLIVEIRA, 1989; 1995). É o apoio ao código moral de respeito e consideração mútua que sustenta a cooperação, enquanto decisão de se envolver ativamente com o propósito de auxiliar a instituição da mediação a ser bem-sucedida e efetiva em seu objetivo de resolução e pacificação de conflitos.

Assim, para além da consideração ou reconhecimento institucional, como um elemento estrutural da justiça enquanto procedimento (justiça procedimental), que reivindica polidez, imparcialidade, honestidade, cortesia e respeito aos direitos (TYLER, 2003), é preciso se investir em outro tipo de justiça associada, que é a justiça interacional (FOLGER; CROPANZANO, 1998).

5.2.2 Motivação: agir moral e agir racional

Essa motivação⁴¹⁴, como objetivo que energiza e direciona o comportamento (TYLER, 2010) e que importará na mudança de atitude no sentido de reparar um dano e de oferecer empatia e perdão, pode decorrer de uma mudança das crenças morais do ofensor e ofendido, a partir do manejo ou gerenciamento das emoções (RODOGNO, 2008)⁴¹⁵. O ofensor pode perceber que é correto reparar o mal que causou ao outro e, por isso, agir no sentido de corrigir seu ato⁴¹⁶. Já a vítima pode entender que desculpar uma agressão pode lhe ser útil, desejável ou agradável.

Posner (2012) argumenta, porém, que não há nenhuma relação causal entre a percepção, moral ou de outra ordem, e a ação. Uma pessoa pode se recusar a cumprir uma obrigação moral sem que isso importe em uma contradição ou um agir irracional. Ele dá como exemplo o seguinte: “Sei que devia doar um rim ao meu irmão

⁴¹⁴ A motivação explora as questões sobre quais objetivos a pessoa deseja obter. Ela permite saber o que a pessoa persegue, sem indicar, contudo, a intenção de suas ações (TYLER, 2010).

⁴¹⁵ Aristóteles estabelece uma função cognitiva específica para as emoções, vale dizer, é em função delas que alteramos nossos juízos acerca do mundo. Estar afetado por uma emoção é a causa ou de mudarmos nosso entendimento a respeito de algo ou de enxergarmos algo com diferente cor e intensidade (PIRES DOS SANTOS, 2015).

⁴¹⁶ De um ponto de vista kantiano, qualquer outro curso de ação seria irracional (POSNER, 2012). Ver, nesse sentido, Korsgaard (1985).

doente, mas não vou fazer isso” (2012, p. 59). O ato de recusa de um irmão em doar o órgão, mesmo podendo, não constitui um ato irracional.

De igual forma, uma pessoa pode aceitar condições ou decisões que aceitam como justas mesmo que essas sejam onerosas e/ou desvantajosas (TYLER et al., 1997). Desacordos razoáveis são possíveis e até esperados nas relações interpessoais (RAWLS, 2005; ALEXY, 2009; BACKER, 2018).

Isso ocorre porque o compromisso normativo pode decorrer tanto da percepção de que uma regra é justa como na crença na legitimidade da exigência contida na regra. Contudo, uma pessoa pode responder de diferentes formas sobre a propriedade moral de determinado comportamento (TYLER, 1990). Os sentimentos, comportamentos e pensamentos são amplamente influenciados pelas decisões individuais sobre o que é justo ou injusto, fruto das experiências de vida de cada um. Por isso, é preciso levar em conta que, além da justiça objetiva (intersubjetiva), enquanto conjunto de regras e princípios de justiça compartilhados por um grupo de pessoas, há também uma justiça subjetiva, como um conjunto de sentimentos sobre o que é justo ou injusto que não pode ser justificado com base padrões particulares de autoridade (TYLER et al., 1997).

Enquanto que de uma perspectiva normativa avalia-se como as pessoas internalizam e obedecem a regras de justiça e obrigações em oposição ao seu autointeresse, ou seja, o que elas pensam sobre determinados valores morais, de um ponto de vista instrumental, é preciso compreender que a conformidade de um comportamento é influenciada por fatores externos que estão ligados tanto à extensão como à natureza dos recursos empregados para convencer da necessidade/adequação de um comportamento (TYLER, 1990).

A justiça restaurativa visa possibilitar uma reparação dialogada que é, a meu ver, um caminho que concilia o racional e razoável para se estabelecer um tipo de retribuição adequada (reciprocada) por meio do fomento à cooperação e respeito mútuo. A aceitação de participação não constrange os atores a produzirem um acordo. O procedimento tão-somente reserva condições de equidade para o diálogo e conformação às obrigações morais suscitadas pelo conflito. É papel do procedimento da mediação induzir à cooperação (reciprocidade) por meio do estabelecimento de condições de equidade em diferentes perspectivas (procedimento e tipos de resultado) e também do gerenciamento de emoções que despertem respeito e consideração.

Ocorre que a capacidade do procedimento em reivindicar o cumprimento de obrigações morais está sujeita a uma série de contingências, algumas arbitrárias e outras não. As partes podem simplesmente não concordar com a autoria da agressão e não se identificarem como agressores ou podem discordar sobre qual tipo de reparação é mais adequado (STOKKOM, 2002; DALY, 2006)

Ademais, ainda que não possa obrigar ou coibir o ofensor a participar da mediação ou reparar o mal que causou, não pode deixar de incentivar fortemente a que ofensor assuma sua responsabilidade e encare a vítima. Algo que, consoante pude perceber no funcionamento concreto das sessões de mediação, não ocorre adequadamente.

As escolhas em matéria de interesses e sentimentos, portanto, estão limitadas pela concepção do justo previamente definida, que impõe o dever de reparar daquele que causou um prejuízo. Em outros termos, os objetivos e interesses de cada participante precisam obedecer às balizas estabelecidas pelas condições morais de justiça previamente definidas, desde que as partes optem ou concordem em conformar suas concepções próprias de bem aos princípios procedimentais e substanciais de justiça (RAWLS, 2002).

É preciso ressaltar que as partes podem simplesmente colocar o bem na frente do justo, ou seja, escolher perseguir seus próprios interesses dentro ou fora de um procedimento institucional, de modo que o procedimento não terá qualquer utilidade prática na resolução do conflito.

A primazia do justo sobre o bem depende, portanto, do reconhecimento dos sujeitos da necessidade de responsabilização e da reparação como obrigações morais e da reciprocidade no contexto do procedimento. A reciprocidade sugere a ideia moral da necessidade de se tratar aos outros corretamente e retribuir/reparar um mal praticado. É um princípio de conduta que orienta a ação individual, no sentido de que quem trata bem o próximo será bem tratado e que quem trata mal não pode esperar um tratamento oposto. O que cada um merece é fruto da medida correta do prejuízo causado (RACHELS, 1997)⁴¹⁷.

Consoante mencionado anteriormente, quando a pessoa sente que recebeu menos do que merecia o ato de aparente injustiça pode resultar em raiva, ressentimento e o sentimento de ser enganado (HOFFMAN, 2000; FOLGER;

⁴¹⁷ A ideia de justiça está ligada também à ideia de compensação por danos sofridos em face de uma agressão injusta (justiça compensatória) (PERELMAN, 1997; HART, 2009).

CROPANZANO, 1998). Ou, no caso do agressor, também pode despertar um tipo de dívida moral não quitada ou parcialmente quitada, como demonstrou Lemos (2017), anteriormente.

Mas a reciprocidade não tem apenas um valor instrumental no sentido de nos ajudar a construir relacionamentos permanentes a partir de percepções de vantagens mútuas. No ambiente da justiça restaurativa, a reciprocidade assume o papel de facilitar interações e provocar nos participantes o desejo de reparar em razão do reconhecimento do outro como alguém digno de respeito e consideração. Por certo, referido reconhecimento constitui um pressuposto pragmático do próprio procedimento discursivo prático que se instaura por meio da mediação, no sentido de “cada qual vê no outro o que o outro vê”, que precisa ser aprendido ou convencido de modo que as partes conflitantes possam descentralizar suas perspectivas egocêntricas e etnocêntricas e, com isso, construir um diálogo legítimo e conciliador (HABERMAS, 2016, p. 67).

Se é verdade que a invocação de emoções morais como a culpa, a vergonha e o remorso⁴¹⁸ é importante para suscitar o arrependimento e a disposição para atuar em favor do outro (HOOGE et al., 2007) e reparar, também a racionalidade assim pode funcionar, no sentido de permitir enxergar no outro não um adversário ou inimigo, mas um interlocutor capaz e legítimo (AGUILÓ-REGLA, 2013; 2015). Uma pessoa pode simplesmente verificar que, estrategicamente, demonstrar arrependimento, ainda que não totalmente sincero, e reparar é melhor que ser punida (STOKKOM, 2008; DALE, 2005). De igual forma, perdoar não envolve uma pura e simples decisão emocional. Muitos psicólogos sustentam que o perdão é uma decisão consciente que, a despeito de reconhecer a seriedade de ofensa, manifesta uma atitude de renúncia ou libertação da amargura e do desejo de vingança (EXLINE et al., 2012).

Quando o perdão é realizado de maneira completa, ele comumente incorpora um balanço entre ações, disposições e sentimentos. Contudo, há diferentes graus de perdão, que não necessariamente envolvem esquecimento, desculpa pelas ofensas, reconciliação, confiança ou mesmo renúncia da responsabilização legal (FASSIN, 2013; GRISWOLD, 2007). O perdão pode ser dado livremente sem que o ofensor mereça, por simples atitude de altruísmo ou compaixão (EXLINE et al., 2012).

⁴¹⁸ A ideia de culpa, vergonha e remorso aqui tem um sentido de autorresponsabilização, reintegração com o outro e a comunidade: sentir-se envergonhado, culpado etc. Não se trata da culpa e vergonha estigmatizadoras e desintegradoras próprias da justiça criminal tradicional (HARRIS et al., 2015; BRAITHWAITE, 2003).

Perdoar tem potenciais custos e eles precisam ser avaliados caso a caso. Algumas pessoas podem, inclusive, arrependem-se de perdoar anteriormente, especialmente quando: a) algum ressentimento persiste; b) perdão resultou em custos para seus interesses pessoais; c) os perdoadores reportam baixa religiosidade; d) os perdoadores são altamente narcisistas (EXLINE et al., 2012).

As pessoas, portanto, precisam estar conscientes dos incentivos e sanções que receberão com base em suas ações, bem como das consequências e necessidades relacionadas ao ato. Sanções e incentivos funcionam como motivações externas ou instrumentais, enquanto que valores, peculiaridades e atitudes das pessoas são motivações internas ou sociais. Ambos, sanções e incentivos combinados, buscam levar as pessoas a refletir sobre seus desejos e moldar comportamentos (TYLER, 2010).

Consoante já ressaltado, a justiça restaurativa, por meio da mediação, abdica de recorrer às motivações instrumentais relacionadas a eventuais coerções para obrigar o agressor a reparar o dano que causou. Não há, portanto, apelo a esse tipo de motivação externa (BRASIL, 2016)⁴¹⁹. Contudo, ela não pode abrir mão de acionar as motivações internas para cooperação.

As pessoas devem ser levadas a realizar atitudes voluntárias de (auto) responsabilização e reparação por meio de diferentes formas de motivação, tanto por meio de motivações que despertem o senso de autointeresse material ligado a eventuais incentivos de reparar o dano ou das perdas/prejuízos relacionados à não reparação (racional), como por meio de motivações sociais que suscitem nelas o interesse em assumir as consequências da agressão e reparar o dano, sem calcular os eventuais riscos de punição pela ofensa ou os benefícios da cooperação (TYLER, 2010).

5.2.3 Equilíbrio moral, reciprocidade e cooperação

De acordo com Gunther (2004, p. 179), “[...] cooperação, reciprocidade e estima igual não são simplesmente o resultado, mas também a *razão* para o reconhecimento e observância de regras”. Ou, no sentido aqui proposto, condições ou elementos estruturais para formulação de um discurso que permita às partes reconstruir

⁴¹⁹ Consoante ressaltado, os mediadores são desestimulados a adotarem qualquer tipo de conduta comprometa sua imparcialidade.

normativamente o conflito, a partir de negociações sobre o sentido de justiça que a situação deve ter.

Ocorre que, ao mesmo tempo que a reciprocidade, liberdade e igualdade forçam um sentido de equidade nas relações institucionais e intersubjetivas, referidas condições também demandam um equilíbrio moral entre as partes, que leve em conta as diferenças e a situação particular de cada envolvido. De um lado, está um ofensor disposto a se arrepender e a reparar; de outro, uma vítima disposta a aceitar a reparação e, quem sabe, perdoar.

Isso porque partes excessivamente desniveladas moralmente tendem a se aproveitar da situação para expressarem superioridade moral (a vítima quer envergonhar e humilhar o agressor) (RODOGNO, 2008), realizar punições (altruístas) que sinalem a quebra de confiança e a falta de cooperação (GINTIS et al., 2005) ou encenar um arrependimento estratégico para suscitar ou forçar compaixão e perdão (a vítima simula arrependimento e pede desculpas simplesmente para se livrar de consequências mais graves) (VAN STOKKOM, 2008).

O próprio suposto agressor pode não se sentir arrependido por ter uma outra visão do conflito ou porque pensa que está sendo tratado injustamente. No caso da disputa de herança, por exemplo, no caso que nomeei como “Não invente um inventário”, quando uma das partes pede para olhar os autos do processo que estão sobre a mesa e vê que ela consta como agressora/autora, sua atitude é de revolta.

Desse modo, é preciso ter cuidado para não se tomar condições procedimentais em absoluto e, conseqüentemente, desconsiderar-se em um contexto específico de negociação, os deveres e obrigações recíprocas e universalmente razoáveis e aceitáveis. Uma negociação despida de conteúdo moral impede a consideração de obrigações que deveriam ser (auto) impostas aos sujeitos morais pelo convencimento dialógico (argumentação) em favor de barganhas formuladas apenas no que diz respeito a aspectos utilitários sobre a conveniência do procedimento (custo x benefício)⁴²⁰.

Com isso, entra em cena novamente a reciprocidade. Por meio de condições de cooperação, a imposição de uma “sanção não retaliativa” (não incriminatória, não coercitiva ou punitiva), mas reparadora, centrada no problema específico, pode

⁴²⁰ Algo que já caracteriza os JECRIMs, consoante aqui mencionado.

ressuscitar a reciprocidade como uma avaliação do problema a partir da compreensão da relação a partir de dentro (GUNTHER, 2014, p. 181)⁴²¹.

A reciprocidade nos aproxima da justiça do resultado, na medida em que aciona critérios independentes de decisão/acordo que possibilitam um ajuste entre as partes sobre o que de fato repara e corrige. As obrigações morais prévias contidas na norma penal e aderidas de forma tácita são novamente consentidas e ressignificadas no plano de interação discursiva por meio de processo de autorresponsabilização e de um sentido de justiça vinculado à noção de igualdade e não simplesmente à obediência a uma autoridade (GUNTHER, 2004).

Nesse plano, o que se propõe é associar equidade e cooperação. De um lado, a equidade funcionaria como um “método de moralidade” (*method of morality*), que leve em conta adequação situacional da solução e a reciprocidade ao solucionar conflitos de ação; de outro, a cooperação funcionaria como método de elaboração de regras concretas, isto é, como critério de avaliação (metarregra) na elaboração de regras concretas em favor de uma solução conciliatória (ibidem, p. 181)⁴²².

A concepção procedimental da justiça restaurativa, assim, permitiria a compatibilização prática ou contextual de disposições morais mais abrangentes, como as contidas nas normas penais — aqui consideradas também como pretensamente um tipo de moralidade mínima compartilhada universalmente a partir da qual podemos julgar as ações e respostas institucionais⁴²³ —, com as demandas específicas que surgem na relação.

Em outros termos, referida dimensão procedimental permitiria um alinhamento no plano discursivo ou no universo do contexto entre disposições morais gerais contidas nas normas penais e disposições morais situadas ou locais, definidas por pessoas concretas, com suas histórias de vida por meio de um discurso racional (CARDOSO DE OLIVEIRA, 1989; 2010). Discurso racional esse que pressupõe uma tentativa de entendimento sobre pretensões de validade problemáticas, por meio de um procedimento que forneça condições de comunicação que permitam o atuar livre e desimpedido na apresentação de temas, contribuições, informações e argumentos

⁴²¹ Como uma ação mecanizada e insensível de postulação de uma resposta institucional punitiva.

⁴²² A construção é Gunther (2004, p. 181) é toda estruturada a partir das discussões de Piaget sobre os estágios de desenvolvimento.

⁴²³ Ainda que se cuida de um tipo de moral mediada, interpretada ou filtrada do ponto de vista institucional.

no interior de um espaço público construído a partir de obrigações ilocucionárias (HABERMAS, 2010)⁴²⁴.

Não se pode descuidar que referido tipo de proposta busca conectar ou reconectar o direito com a moral e representa, por assim dizer, um tipo de construtivismo moral no contexto discursivo (HABERMAS, 2016), na medida em que as partes, concebidas tanto como pessoas de direito, mas também pessoas éticas e morais, juntas produzem um sentido construtivo da norma penal (FORST, 2010).

Um consenso normativo formado em condições procedimentais equânimes, ou seja, que assegura autonomia e equidade, estabelecerá uma norma válida (ou confirmará sua validade) (HABERMAS, 2016). Nesse sentido, um ponto que merece atenção é que, a despeito dos problemas relacionados às normas penais (imprecisão, indeterminação, artificialidade), consoante alertado anteriormente⁴²⁵, referidos comandos normativos remontam um conteúdo moral dirigido às pessoas em geral e não apenas à comunidade ética ou de pessoas que se conhecem. As razões morais que orientam a responsabilização e a reparação precisam poder ser compartilhadas também entre estranhos. Por isso, a importância de enfatizar a necessidade de reconhecer os participantes do discurso da mediação como pessoas morais.

A mediação busca justamente romper com a lógica de reciprocidade preconizada pela lei penal (ZEHR, 2008; UMBREIT, 1998). A pena criminal, do ponto de vista da retribuição, constitui uma obrigação de pagar o mal com mal, de modo proporcional. A reciprocidade simétrica, da perspectiva de uma teoria retributiva, importa em retribuir o mal provocado pelo dano por algum substitutivo de punição adequado e suficientemente oneroso para o agressor. Essa reciprocidade, porém, é imperfeita. Não há uma relação direta entre o mal sofrido pelo agredido e a retribuição/reparação a ser paga pelo agressor (SCHMITDZ, 2009).

A reciprocidade coercitiva incita o desequilíbrio das relações morais entre as partes. De um lado, fortalece as práticas de compaixão compulsória ou comprada em que o agressor ignora a situação difícil da vítima e não apresenta um engajamento emocional com o processo. De outro, constrange a vítima a perdoar e assumir um acordo que ela não quer (STOKKOM, 2008).

Consoante argumentou Cardoso de Oliveira:

⁴²⁴ Ver capítulo 1 com relação ao JECRIM.

⁴²⁵ E de forma mais detida e profunda em Barbosa (2014).

[...] o reconhecimento do valor ou mérito da identidade em pauta não pode ser instituído por decreto, pois supõe uma avaliação genuína daquele que reconhece e, portanto, não pode ser definido como um direito legal, ainda que seja razoável pensá-lo como uma obrigação moral (2001, p. 20).

Os conflitos observados no campo trazem à tona a importância do incentivo institucional à consideração da substância moral das pessoas dignas, enquanto seres dotados de valor (CARDOSO DE OLIVEIRA, 2002; 2011). O mediador, como ator institucional, precisa levar o agressor, na medida do possível, a encarar as consequências de seu ato e discutir o que pode ser feito para repará-lo, mas não impor uma solução. A confiança da vítima de que o autor do fato compartilha de padrões morais apropriados deve surgir a partir das demonstrações voluntárias do ofensor (DAVIS, 1992; DALY, 2000).

A justiça restaurativa pretende substituir a reciprocidade coercitiva e indireta da lei em favor de uma reciprocidade consentida e direta entre as partes por meio de uma dinâmica emocional e da modulação de mensagens morais. Assim, ao mesmo tempo que invoca emoções morais (culpa, remorso, arrependimento, perdão, simpatia/empatia e compaixão), indica as consequências da ação e a necessidade de responsabilização/reparação (DALY, 2000; VAN STOKKOM, 2002; 2008; RODOGNO, 2008) como forma de motivar as pessoas a atuar em favor do outro (HOOGE et al., 2007).

A reciprocidade, a meu ver, como um elemento de justiça (SCHMIDTZ, 2009), pode sim auxiliar na resolução de questões morais concretas, na medida em que ela permite que as partes sejam convidadas a refletirem sobre a necessidade de reparar o dano não como uma imposição de quem decide, mas como uma decisão livremente tomada de corrigir um dano praticado a alguém que merece respeito e consideração⁴²⁶.

A ideia central de reciprocidade como um princípio ou valor moral é de dever ou obrigação moral de retribuir um favor ou bem que recebeu ou de reparar um mal que causou (BECKER, 1990; SCHMIDT, 2009). A reciprocidade, como um valor moral a ser buscado na mediação, pode restabelecer a confiança, não apenas em relações mais próximas, como também em relações mais distantes, entre pessoas que não se conhecem (HOFFMAN, 2000; TYLER, 2010). Além disso, ela pode ser útil para

⁴²⁶ Becker (1990) defende a reciprocidade como uma obrigação moral, um valor ou uma virtude deôntica.

resolver situações em que as partes conflitantes estão fortemente posicionadas e querem, a todo custo, vencer a disputa e destruir o oponente, como parte de um jogo competitivo ou destrutivo (AGUILÓ-REGLA, 2015).

Contudo, como obrigação moral, a reciprocidade pode ser vista não apenas de um ponto de vista altruísta ou como prudência na disposição em reparar o dano. De um lado, fatores como o interesse próprio na reparação unilateral ou mútua, o bem-estar social que envolve o encerramento do conflito, a eficiência ou economia na solução antecipada da questão ou a retomada da relação podem ter impacto significativo no apelo ou consideração da necessidade de reciprocidade na interação.

Contudo, esses fatores pessoais, sociais ou institucionais, em que pese relevantes, não deveriam ignorar ou desestimular incentivos à reciprocidade prudencial ou altruística, a pretexto de se prestigiar “compromissos barganhados”⁴²⁷ (CARDOSO DE OLIVEIRA, 1995, p. 14), típico de modelos instrumentais de justiça distributiva em que se dá ênfase às ações estratégicas dirigidas à maximização de ganhos mútuos ou, caso não seja possível, à construção de soluções minimamente satisfatórias e/ou que impliquem menos perdas (TYLER, 2010)⁴²⁸.

Ainda que exista um objetivo subjacente em se cumprir uma meta de eficiência (mais acordos, menos processos), a mediação não deveria ignorar a equidade no tratamento interpessoal. As razões práticas que demandam a produção de uma solução negociada (paz social, diminuição da violência, etc.) e as concepções pessoais de vida boa de cada participante podem se contrapor e, com certa frequência, se contrapõem no contexto interpretativo do conflito à moral impessoal contida na lei penal. Contudo, a busca por um balanceamento entre o puro egoísmo e estrita imparcialidade pode (e deve) ser almejada nesse tipo de procedimento institucional.

Assim, por lado, as partes podem sim procurar por meio do procedimento a realização de uma concepção de bem ou a concretização de seus interesses (LISTER,

⁴²⁷ Sobre barganha e compromisso em processos de negociação e informalização de justiça, ver Luban (1985).

⁴²⁸ O mais difícil, todavia, é criar essas condições em um espaço concreto de interação, sem fazer uso de recurso hipotético (que ignora as situações particulares em nome de um acordo que beneficie a todos), como a posição original de Rawls (2002) ou situação discursiva idealizada (em que todos têm plena consciência de todos as questões envolvidas), como as propostas de Alexy (2014) ou Habermas (2012), por exemplo. Ressalta-se que, em uma situação concreta, dificilmente as partes estão plenamente informadas sobre o evento, as personalidades e as circunstâncias de cada um e podem se orientar para uma solução em seu próprio favor, a partir da consideração de interesses e sentimentos uns dos outros. Isso não quer dizer, todavia, que a ignorância sobre as condições particulares do evento possa deva ser incentivada em nome do entendimento.

2010), mas sem menosprezar as concepções impessoais de fazer a coisa certa⁴²⁹. A disputa entre as concepções pessoais de vida boa e a vida moral se resolve por meio de uma mudança das condições de vida que pode ocorrer a partir de uma conversão pessoal (sacrifício pessoal em favor do outro) ou da ação política (NAGEL, 2004). Daí porque o procedimento pode sim ter aspirações transformadoras.

A ideia central da justiça restaurativa é que a realização pública da justiça é um valor para comunidade e, por isso, a harmonização moral e não apenas a paz civil deve ser uma meta da política, representada aqui pelo Judiciário. Conduzir o processo de modo que as pessoas compreendam que viver bem significa não cometer injustiças, não prejudicar o outro e não se aproveitar de suas fragilidades ou infortúnios talvez seja uma das mais importantes metas da política judiciária restaurativa.

A pretensão de alterar parcialmente a personalidade dos participantes de modo a convencê-los a reparar o dano e a aceitar a reparação é menos radical e onerosa no campo político institucional que as renúncias provocadas pela conversão pessoal (NAGEL, 2004).

O procedimento institucional visa assegurar o compromisso com os deveres de justiça, na medida em que a justiça é relacional, ou seja, é constitutiva da relação entre pessoas. O esquema institucional tem por objetivo incentivar as partes a compartilharem valores e recursos, partindo da ideia de reciprocidade. Contudo, de um ponto de vista realista, a mediação como campo institucional de administração de conflitos pressupõe que os deveres de justiça estão condicionados pelo reconhecimento recíproco e não por posturas altruístas.

Precisamos de instituições para estabelecer padrões públicos de cooperação e entendimento e precisamos da ameaça de coerção para nos assegurarmos da conduta dos outros, mesmo aqueles que estão de fato comprometidos com o compartilhamento justo. Assim, o reconhecimento de um, como expressão da reciprocidade, estará endossado e confirmado no reconhecimento do outro (LISTER, 2010).

⁴²⁹ Em igual sentido, ver Rawls (2001). A cooperação aqui deve ser vista não de modo instrumental, mas como complementariedade e realização mútuas, semelhante a uma orquestra em que as pessoas juntam suas capacidades para construir uma obra comum (FORST, 2010).

5.3 CONSIDERAÇÕES ADICIONAIS: SOLIDARIEDADE vs. JUSTIÇA

O tipo de relação que as pessoas mantêm⁴³⁰ determina, em alguma medida, os níveis de reconhecimento e o tipo de interação que elas esperam no procedimento. Em relações entre estranhos, as pessoas têm a tendência de enfatizar ganhos pessoais de curto prazo e questões ligadas à vida boa (interesses), enquanto que, em relações entre pessoas próximas, os interesses pessoais podem dar lugar à preferência por manutenção da relação (LIND; TYLER, 1988; SANTOS, 1988; GLUCKMAN, 1955; SAHLINS, 2004)⁴³¹ ou prosseguimento da cooperação.

Em princípio, portanto, quanto maior a proximidade ou a prioridade de manter o vínculo, maiores são as chances de acontecer o perdão e a reconciliação entre os conflitantes (EXLINE et al., 2012).

É certo que esse tipo de comparação precisa ser visto com parcimônia. As discussões sobre o conflito envolvem outras questões, consoante pode observar na experiência de campo. Uma delas é o grau de ressentimento. Há situações em que uma ou ambas as partes optam pelo distanciamento ou ambas estão tão seguras de seus interesses que não levam em consideração direitos, as necessidades e os sentimentos do outro.

Nesse sentido, em termos procedimentais, é preciso se avaliar o tipo e/ou grau de intervenção que o ator institucional deve acionar, a fim de se dimensionar a ênfase que deve ser dada ao restabelecimento de laços de fraternidade e de amor ou ao simples incentivo a uma relação de decoro e cooperação mínima, consistente no respeito mútuo sem a convivência afetuosa e próxima. O papel do mediador é balizar sua intervenção com o objetivo de permitir que as partes deduzam pretensões razoáveis.

Griswold (2007) faz uma interessante distinção entre os tipos e graus de reconciliação possíveis. De um lado, a reconciliação pode significar apenas a aceitação, como um sentido mínimo de não interferência na forma como cada um irá

⁴³⁰ O ser humano é inconcebível fora de relações interativas (conflito ou cooperação), que partem desde relações mais estreitas como as de parentesco, familiares ou tribais até as redes humanas em âmbito social regional, nacional ou mundial (ZAFFARONI, 2007).

⁴³¹ Essas categorias são especialmente acionadas no processo de mediação nas relações de múltiplo vínculo, como relações de vizinhança, familiares, amorosas etc., em que as partes se relacionam de forma íntima e duradoura. Nesses tipos de relação, o restabelecimento do vínculo e a manutenção da relação rompida em razão do conflito merece atenção especial na formulação de acordos.

seguir com sua vida, como também significar a afirmação, como um sentido de restauração de laços afetivos ou de amizade.

O que determina o grau de reconciliação, movido pelas ideias de reciprocidade e cooperação, é, a meu ver, a densidade do insulto e a real intenção de manter o vínculo. Não raro, as pessoas desistem de manter ou reestabelecer uma relação afetiva. Quanto maior a distância do outro melhor.

Em outras situações, as partes em disputa querem reparação, independentemente do tipo de vínculo que elas têm e das consequências advindas do processo. Se a reparação for possível, a reconciliação pode acontecer, mas não é o principal fator a ser considerado na negociação.

Um caso específico de mediação vítima-ofensor que tive a oportunidade acompanhar⁴³², e parcialmente narrado acima na fala do mediador que conduziu o processo, foi de um roubo praticado por quatro jovens rapazes. Um deles é sobrinho e primo das vítimas e mandante do crime. Ele se juntou com mais três amigos e armou uma estratégia para roubar a quantia de R\$ 10.000,00 que a tia (Fátima) havia recebido pela venda de um lote. O dinheiro seria utilizado para a reforma da casa e o pagamento de um tratamento de saúde.

O inquérito policial conclui que Carlos foi mandante do crime e principal beneficiário do produto do roubo. Carlos teria ficado com a maior parte do dinheiro subtraído. Os autores do crime, ademais, são réus confessos. Eles admitiram durante a investigação policial que praticaram o crime.

O caso foi encaminhado para a mediação pela juíza responsável pelo processo, porque ela entendia que, por se tratar de um roubo que envolvia uma relação familiar, de proximidade entre vítima e agressor, a situação poderia ser um bom teste para a mediação.

Mesmo diante da confissão dos autores do roubo, Fátima, tia de Carlos, não acredita que seu sobrinho a tenha roubado. O mediador pretendia ouvi-la por último e, quem sabe, colocá-la frente a frente com Carlos. Naquele momento, porém, a

⁴³² Eu tive a oportunidade de acompanhar duas audiências de Mediação Vítima-Ofensor, relacionadas ao mesmo caso. As audiências de MVO não tem duração certa. Não há um número mínimo de pessoas que podem ser ouvidas e as sessões com as mesmas partes podem ser repetidas. Um caso de MVO pode durar meses. Decidi por não as inserir no capítulo 2 por não serem de fato representativas. Citei apenas trechos de uma delas, em que foi ouvida Tamires, a fim de ilustrar aspectos de justiça e solidariedade.

estratégia adotada pelo mediador foi a de conduzir a mediação primeiramente ouvindo Tamires e Laís, primas de Carlos.

O mediador já havia conversado com Laís e me disse que ela, embora abalada com tudo que aconteceu, estaria disposta a perdoar o primo se ele se arrependesse e devolvesse o dinheiro. A sessão que eu pude participar ouviu Tamires. Ela compareceu sozinha à sessão de mediação. Os acusados não participaram. Um eventual encontro restaurativo somente ocorrerá após a preparação do terreno, ou seja, após todas as partes interessadas serem ouvidas e dispostas a se encontrar.

No começo da sessão, o mediador informa que o procedimento da justiça restaurativa é um procedimento complementar ao processo criminal e que não o substitui. Logo depois, ele explica o seu papel no sentido de buscar uma reparação do fato, por meio de uma aproximação entre as vítimas e ofensores. Ele segue o roteiro e diz que não conhece a história e pede que Tamires relate o que aconteceu. Na verdade, o mediador já conhece os fatos. Ele já leu os autos e ouviu os autores e Laís, irmã de Tamara.

Após relatar como ocorreu o assalto, Tamires diz que sua mãe não acredita que Carlos foi o mandante do crime:

Carlos ia muito à nossa casa. Nós éramos muito próximos. Minha mãe até hoje não acredita que Carlos participou do assalto, mesmo a minha irmã tendo dito que reconheceu um dos amigos de Carlos como sendo um dos assaltantes (Laís viu um dos assaltantes um dia antes na casa de Carlos, durante uma festa). Por que ele sumiu depois do assalto? Ele nem registrou ocorrência do roubo do carro dele. Não levaram nada do carro, só o dinheiro da gente.

O mediador, então, pergunta como ela se sente em relação ao fato. Tamires diz:

Nós ficamos com muito medo, assustadas e surpresas. Meu primo andava direto na minha casa. Minha irmã parou de trabalhar depois do que aconteceu. Eu sigo com minha vida normalmente, mas perdi a confiança nas pessoas. Hoje, eu só confio na minha irmã e na minha mãe. Por conta do assalto, minha mãe não conseguiu pagar o tratamento de saúde, nem reformar nossa casa, que era uma coisa que queria muito. Até hoje, foram recuperados só uns 2 ou 3 mil do dinheiro. A mãe de Carlos, minha tia, ofereceu R\$ 5.000,00 para minha irmã mudar o depoimento dela. Minha irmã aceitou o dinheiro, mas não mudou sua declaração. Nós gostaríamos que Carlos devolvesse o dinheiro com o suor de seu trabalho e não que minha tia o fizesse. Ele nunca vai aprender dessa forma. Vai continuar roubando, porque a mãe “passa a mão na cabeça”.

O facilitador tenta trazer no resumo da fala de Tamires todas as consequências do roubo para a família dela e o que para ela serviria como reparação. O mediador explica que na justiça restaurativa se espera que os autores tomem consciência de seus atos e apresentem um plano de reparação e compromissos futuros. Em seguida, ele complementa sua fala questionando novamente o que Tamires gostaria de ver reparado e sugere: “Você se sentiria reparada, satisfeita se Carlos e os outros comprassem os remédios que a sua mãe precisa para fazer o tratamento, reformassem a casa que ela tanto queria e ainda pedissem perdão pelo que fizeram?”.

Tamires diz que em parte, mas o que quer mesmo é que todos sejam presos: “É a prisão que vai consertá-los. Quem rouba tem que ser preso”. A convicção de Tamires de que a prisão é o que vai reparar o fato surpreende o facilitador. Ela coloca a prisão como seu principal desejo. Tamires insiste dizendo: “Eu tenho certeza que foi o Carlos. Um pedido de perdão é algo complementar, é o mínimo. Carlos era como um irmão, por isso nunca esperaria essa atitude por parte dele”.

É preciso ressaltar que o tipo de reconciliação ou entendimento pode resultar em um contraste entre o perdão fruto de reparação e o perdão como demonstração de cuidado/solidariedade. Com isso, pode haver restauração sem reparação. Assim como pode haver reparação sem perdão ou reconciliação. Nesse caso, Tamires estava muito ressentida com a situação. O perdão poderia até ocorrer, mas ele deveria ser precedido da reparação e também algum tipo de punição.

Consoante já ressaltamos anteriormente, desejos de punições altruístas, ou seja, punições capazes de corrigir pessoas não são incomuns. Pessoas podem ser assumir posturas de carrascos altruístas (GINTS et al., 2005) por acreditar que estão fazendo bem à pessoa corrigida.

Diferentes níveis de reconciliação, associadas ou não à reparação, também podem ser vivenciadas, por exemplo, por casais que se separam e que não desejam manter qualquer tipo de contato, como no caso que denominei de *déjà-vu*, em que Carlos tenta, a todo custo, manter-se distante de Viviane.

De outra sorte, também é possível ver diferentes graus de perdão e reconciliação em casos em que a parte concorda com um acordo que põe fim ao conflito, promove alguns gestos de perdão e empatia, mas não prefere distância à proximidade, como no caso que denominei “*Vai, bonitão. Tô filmando. Vai fazer o quê?*”.

Entre tantas dificuldades para se consolidar como um espaço realmente alternativo ou substitutivo da jurisdição, uma que chama a atenção é a combinação ou a fusão em âmbito institucional de diferentes esferas de eticidade (relações familiares x justiça pública), sobretudo quando o conflito diz respeito a pessoas que se conhecem previamente, como pessoas da mesma família, vizinhos e amigos. Como já alertado em outro lugar, os espaços de mediação institucional não são propriamente espaços de mediação comunitária, com a participação ativa de atores não institucionais no processo (SANTOS, 1988). Nesse sentido, a participação de pessoas para além do núcleo doméstico é reduzida.

Com isso, duas esferas que frequentemente se comunicam e se confundem no âmbito da mediação são as esferas da família e do Estado. Uma hora há uma tentativa de transformar ou mesmo aproximar a esfera de eticidade estatal à esfera de eticidade familiar, que, por um lado, faz o acionamento de categorias de entendimento fundamentadas na simpatia afetiva, no querer bem, no amor, companheirismo e boa convivência; e, do outro, há um distanciamento do universo dos sentimentos privados por meio da substituição das carências (típicas em âmbito familiar) por interesses (típicas de relações não afetivas) (HONNETH, 2007; 2015).

Em primeiro lugar, é preciso se levar em conta que a esfera familiar nem sempre é capaz de sustentar a reciprocidade e a compreensão de que a realização pessoal depende de se reconhecer no outro um parceiro em condições de cumprir as condições necessárias para dar completude à relação e possibilitar uma vida boa.

Mais fracos ainda são os laços de solidariedade entre estranhos. As mudanças estruturais nas relações sociais (como estratificação por classes, família nuclear, papéis de gênero etc.) teriam, como consequência, a produção de um estado de incerteza ou pânico moral nas pessoas (DEL PERCIO, 2009; COHEN, 1985) em relação às outras. Uma das principais variedades de medo na modernidade é contra o malfeito humano suscitado pela suspeita ou desconfiança na fidelidade, honestidade e constância das relações, ou seja, a “fragilidade crônica dos vínculos humanos” (BAUMAN, 2008, p. 172)⁴³³.

Nesse sentido, no plano da solidariedade limitada, duas questões precisam ser devidamente equacionadas. A primeira é a consideração dos deveres morais e da

⁴³³ A sensação de insegurança — de algo indesejável e gravoso pode acontecer a qualquer tempo — e a vulnerabilidade — como fragilidade ou incapacidade de se proteger ou reagir diante da ameaça ou agressão —, estão diretamente relacionados à falta de confiança nos instrumentos de defesa (BAUMAN, 2008), sejam eles os próprios recursos ou aqueles fornecidos pelo Estado.

vida ética. A segunda é a consideração de direitos, fundados ou não predominantemente em interesses.

Por isso, para além da solidariedade ética, que encerra uma preocupação com outro, o procedimento precisa conciliar adequadamente princípios substantivos de justiça no plano dos direitos, enquanto reflexo das obrigações legais e morais. Solidariedade e justiça são indissociáveis no processo de resolução de conflitos penais, na medida em que o agir ético em busca do entendimento ou da composição sobre interesses não pode desprezar as obrigações morais em torno da responsabilização e reparação, sob pena de não se satisfazer plenamente nem os interessados, nem os propósitos institucionais de pacificação social.

Os juízos morais, como parte de um senso comum⁴³⁴, compreendem tanto um momento sensível ao contexto como transcendente ao contexto (FORST, 2010)⁴³⁵. Assim, do ponto de vista dos sujeitos envolvidos, as considerações morais reivindicam a discussão sobre o que de fato alguém que causou um mal deve fazer para reparar o dano de maneira concreta. Já do ponto de vista dos propósitos da justiça restaurativa, a resolução do conflito pretende que a discussão sobre questões morais projete uma solução mais duradoura e verdadeira do conflito, bem como que o conteúdo do julgamento moral leve em conta o senso comunitário ou a ideia de solidariedade social.

É que a reciprocidade enquanto reconhecimento do outro como um sujeito ético, no plano de um procedimento institucional, assegura apenas liberdade dos envolvidos para se conceberem e se afirmarem como portadores de desejos próprios (HONNETH, 2015). Isso é plenamente importante, diga-se de passagem, uma vez que supera a condição desprovida de vontade e voz das partes no âmbito do processo penal inquisitorial. Poder querer e escolher os projetos de vida em comum que lhes são mais interessantes está no cerne no processo de autodeterminação que defende o modelo de justiça restaurativa⁴³⁶.

⁴³⁴ O senso comum (*sensus communis*) representa uma genuína solidariedade ético-cidadã, isto é, o juízo a respeito da justiça, injustiça e zelo pela utilidade comunitária (GADAMER, 1998).

⁴³⁵ Forst (2010) faz essa afirmação a partir das ponderações de Hannah Arendt sobre a invocação de Kant por Adolf Eichmann em sua defesa perante o tribunal em Jerusalém na obra Eichmann em Jerusalém.

⁴³⁶ O próprio Hegel reconheceu há muito tempo a importância do direito como garantidor da liberdade (FORST, 2010) ou como promotor de uma vida ética. Ver, também, Zehr (2009).

Assim, a despeito da importância da constituição de sujeitos éticos no procedimento, capazes de discutir de forma livre e em igualdade de condições⁴³⁷ seus interesses e expressar seus sentimentos (justiça procedimental), não se pode deixar de falar em direitos, aqui entendidos como obrigações morais que têm lugar no contexto institucional dos procedimentos de resolução de conflitos (justiça interacional e distributiva) (CARDOSO DE OLIVEIRA, 1996; 2011). Se há conflito é porque houve um desequilíbrio na situação moral dos participantes como resultado da violação das obrigações recíprocas e universais de não prejudicar o outro (VAN STOKKOM, 2002), corporificadas ou estruturadas simbolicamente em normas penais. E referido prejuízo (material ou moral) precisa ser compensado ou reparado.

Nesse sentido, ainda que os mecanismos discursivos facilitem ou permitam a composição em torno de interesses, sem o reconhecimento moral do outro como alguém digno de respeito e consideração, ou seja, como merecedor de um tratamento com reciprocidade no plano dos “direitos morais”, a resolução do conflito pode ocorrer de maneira incompleta ou insuficiente.

Quando a discussão leva em conta apenas os aspectos utilitários que viabilizam a composição de interesses, os participantes podem perceber a falta de disposição institucional em insistir na responsabilização e reparação como um gesto de desconsideração. Com isso, a despeito do acordo que potencialmente concilia direitos e interesses no plano material dos bens (por exemplo, ressarcimento de um prejuízo financeiro), o ressentimento em torno da ofensa tende a persistir ou resistir como algo que o tempo em si pode não curar (FASSIN, 2013).

Reconhecer o outro como uma instância moral importa no dever de se justificar, de ver no outro alguém que merece ser reparado na condição de ser humano que compartilha da mesma comunidade moral (FORST, 2010). Comunidade essa que determina de modo recíproco e universal que aquele que ofendeu o outro tem o dever ou a responsabilidade de reparar o prejuízo.

O processo de mediação se apoia em um ideal de cooperação e consenso, diferente do processo penal tradicional existente no Brasil, que dá ênfase ao dissenso infinito fundamentado na retórica do contraditório (KANT DE LIMA, 2008; 2013)⁴³⁸,

⁴³⁷ Ainda que artificialmente construídas por meio do procedimento como fruto de sua concepção política.

⁴³⁸ Consistente em um processo dialógico e competitivo que tem por objetivo formar a convicção de que detém o poder de decidir o conflito, ou seja, uma autoridade externa às partes envolvidas, dotada de um saber jurídico e fático particularizado (KANT DE LIMA, 2010).

bem como se sustenta sobre uma imagem diferente do homem, não como um ser merecedor de punição, em consonância com as sensibilidades ou mentalidades vigentes em determinado tempo e lugar (CHRISTIE, 1986), mas como um ideal de pessoa caracterizada por duas capacidades morais a serem exercidas em um ambiente cooperativo: a primeira de sustentar concepções de bem ou interesses distintos; a segunda, de possuir um senso comum para justiça (RAWLS, 1975).

Trata-se de um reconhecimento básico de um tipo de sujeito processual que guarda características políticas, jurídicas, éticas e morais (FORST, 2010), na medida em que prevê e assegura do ponto de vista político e jurídico a autodeterminação (ainda que limitada) e a possibilidade de expressar suas concepções éticas sobre o que entendem como uma vida boa em comunidade (reivindicar interesses, necessidades) e de sustentar pretensões morais em um espaço público (postular arrependimento, perdão e reparação)⁴³⁹.

A concepção procedimental da justiça restaurativa, assim, permite a contextualização de disposições morais mais abrangentes e negociáveis. Ou seja, a partir de valores morais aparentemente objetivos e universais, fixados na lei penal na forma de bem jurídicos, as partes podem negociar o sentido dos valores em jogo, adicioná-los, removê-los ou alterá-los consoante os limites estabelecidos entre eles (KORSGAARD, 1993).

O modelo procedimental da justiça restaurativa não pretende se traduzir em um espaço para a invocação de uma concepção abstrata de moralidade universalista, como ocorre no processo penal tradicional, em que se ignoram os sujeitos da relação afetada e o universo contextual do discurso, mas um padrão de interação vinculado ao contexto de problemas práticos⁴⁴⁰ que precisam ser resolvidos intersubjetivamente, a partir do reconhecimento mútuo e do ajuste do direito dado.

Por isso, há que se ter cuidado em não se neutralizar exatamente o conteúdo moral do direito penal que prevê, de forma abstrata, obrigações recíprocas e pretensamente universais endereçadas a todas as pessoas morais (por exemplo, as obrigações de não matar ou de não lesionar). As obrigações morais contidas no universo moral pré-estruturado simbolicamente pelo direito penal não podem ser

⁴³⁹ Taylor (1996) ressalta que essas condições procedimentais e o universalismo desse tipo de teoria são determinantes e constitutivas da identidade moderna, ou seja, de uma identidade construída no âmbito de um contexto ético-cultural.

⁴⁴⁰ Ou, ainda, como sustenta Gunther (2004, p. 175), em uma situação comunitariamente interpretada.

afastadas da discussão ou argumentação, sob pena de enfraquecer ou inviabilizar a resolução plena e duradoura da disputa.

Dito de outro modo, mesmo que de um modo geral não haja nenhum direito reivindicável do ponto de vista da lei⁴⁴¹, os participantes devem ser orientados a se verem como sujeitos morais que merecem respeito. A dor que uma pessoa infringiu sobre a outra merece reparação, material ou simbólica, como fruto de um dever de reciprocidade que orienta a vida em comunidade, ainda que por meio de formas e grandezas diferentes, e somente pode ser recusada pela parte ofendida.

A empatia tem relação direta com a justiça e o cuidado. Assim, empatia pode influenciar a vontade de punir ou não das pessoas ou tipo e grau de punição. De igual modo, a empatia pode acionar o princípio moral de cuidado (solidariedade/compaixão) que diz que sempre devemos considerar o outro (HOFFMAN, 2000). Em outros termos, a empatia pode criar um tipo solidariedade interacional como fruto do dever moral de cuidado ou de consideração do outro que, por sua vez, pode suscitar práticas interacionais de justiça, no sentido de reparar direitos.

Cardoso de Oliveira (2008, p. 136), em sua análise do insulto moral como uma infração a direitos e a negação da identidade do outro, chama a atenção para uma passagem na obra de Peter Strawson (*Freedom and Resentment*) em que esse autor analisa a relação entre a atitude ou intenção e ressentimento:

‘Se alguém pisa na minha mão acidentalmente, enquanto tenta de me ajudar, a dor não deve ser menos aguda do que se pisasse num ato de desconsideração ostensiva à minha existência, ou com um desejo malévolo de me agredir. Mas deverei normalmente sentir, no segundo caso, um tipo e um grau de ressentimento que não sentiria no primeiro [...]’ (STRAWSON, 1974, p. 5 apud CARDOSO DE OLIVEIRA, 2008, p. 136).

O ressentimento, como expressão de um sentimento de indignação, aparece como fenômeno importante na caracterização e percepção do insulto. Em uma situação de conflito, o sentimento funciona como um veículo para dar visibilidade ao insulto e provocar a reparação de direitos (CARDOSO DE OLIVEIRA, 2008). Assim, uma vítima pode desculpar seu agressor a partir das justificativas apresentadas no debate, sobretudo se a agressão for percebida como não intencional, consoante denota o exemplo de Strawson e, mais ainda, quando essas explicações vierem acompanhadas de um gesto de arrependimento percebido como sincero.

⁴⁴¹ O ofendido não dispõe da pretensão punitiva.

É que, do ponto de vista moral, a atitude precisa sempre ser justificada perante o outro (FORST, 2010). O insulto aparece como uma agressão à dignidade da vítima, ou como a negação de uma obrigação moral de não causar danos (HART, 2009) que, pelo menos em certos casos, significa um desrespeito a direitos que demandam respaldo institucional (CARDOSO DE OLIVEIRA, 2005; 2008).

O pensamento tradicional de que fazer justiça é *dar a cada um o que é seu*, como imperativo distributivo de igualdade, merecimento ou de necessidade (PERELMAN, 1963; BUCHANAN; MATHIEU, 1986; SCHMIDTZ, 2009), é entendida na mediação – a meu ver, em princípio, de maneira equivocada porque ignorada a dimensão dos direitos em favor da composição de interesses ou, ainda, da solidariedade (forçada) em prejuízo da justiça – como um limite à satisfação dos envolvidos. De acordo com as palavras de um mediador:

Na justiça restaurativa é preciso pensar na abundância. Crescer o bolo para depois dividir. A mediação é um jogo de ganha-ganha e não perde-ganha. Por isso, a abordagem jurídica nem sempre produz o melhor acordo. É, por exemplo, o que aconteceu no caso relacionado a uma demanda envolvendo extravio de bagagem.

No caso do extravio da bagagem por ele relatado, em uma viagem internacional de lua de mel, a bagagem dos passageiros recém-casados foi extraviada. A empresa aérea localizou as malas somente alguns dias depois. Nesse tempo, eles tiveram de adquirir novas roupas e outros pertencentes, de modo a não prejudicar a viagem. Ao retornar ao Brasil, os passageiros resolveram acionar a empresa para obrigá-la a pagar as despesas não previstas que tiveram por conta do extravio. No pedido feito ao juízo, os requerentes pediam um valor de indenização com base nas notas fiscais de compras apresentadas. Contudo, durante a sessão de conciliação, o que se percebeu era que os reclamantes queriam de fato um pedido de desculpas e demonstração de arrependimento da empresa. O prejuízo financeiro era uma questão secundária, já que as compras foram de produtos que eles usufruíram. O representante da empresa admitiu a responsabilidade da empresa, pediu desculpas e a questão pecuniária foi esquecida. Os autores resolveram não cobrar nenhum valor da empresa. No caso, pelas regras do direito, a questão se resolveria pela comprovação de culpa e fixação de uma reparação pecuniária que pudesse abarcar tanto o dano material (gasto com roupas e objetos de uso pessoal) como o prejuízo moral.

Concordo que o foco na equidade do resultado (distribuição de bens conforme o merecimento/necessidade de cada um), aferido a partir do cálculo de custos/prejuízos e de responsabilidades, não é suficiente para promover justiça de forma mais equitativa. A justiça restaurativa precisa pensar em outros aspectos ou dimensões da relação, tanto do ponto de vista procedimental (por exemplo, a explicitação de que o problema é percebido como relevante), como também da qualidade da interação entre os envolvidos (no sentido de uma demonstração inequívoca de que o interlocutor goza de legitimidade e de que seu direito é meritório).

A lógica da abundância está muito ligada ao modelo de negociação proposto por Fisher et al. (2014), no sentido de se obter pelo procedimento ganhos mútuos. Contudo, ganhos mútuos em conflitos penais devem ser entendidos de maneira diferente. Eles precisam ser compreendidos em uma perspectiva moral interacional, com possíveis gestos altruístas, manifestações de solidariedade ou pretensões razoáveis de justiça como restituição e não simplesmente como uma troca de bens⁴⁴².

Justiça e solidariedade precisam caminhar juntas e não separadas, sob pena de produzirem acordos precários. Nesse sentido, reparações de danos precisam incorporar outras dimensões constitutivas de um acordo equânime, como respeito e consideração ao outro, tanto de um ponto de vista procedimental como interacional.

As pessoas podem se sensibilizar ou simpatizar (cuidado) com a situação do agressor, mas entender que é justo que ele seja responsabilizado pelo que fez⁴⁴³. Nesse sentido, o que se deve avaliar, no plano da mediação de conflitos penais, é se a solidariedade/cuidado está subordinada aos princípios de justiça.

O cuidado é logicamente subordinado a questões de justiça em situações que os dois conflitam (HOFFMAN, 2000). No caso da mediação penal, a meu ver, não há por que a justiça prevalecer sobre o cuidado em situações em que as partes estão autorizadas a abdicar de seus direitos. Com isso, quero dizer que em conflitos de menor potencial ofensivo, que dizem respeito mais aos envolvidos do que à comunidade ou Estado, o perdão derivado do cuidado pode se sobrepor à necessidade de reparação como compensação.

⁴⁴² Aliás, consoante asseveram Gintis et al. (2005), a introdução de mecanismos de premiação pode inibir a motivação das partes em reciprocidade, na medida em que o prêmio significa uma desvalorização do gesto.

⁴⁴³ O cuidado, porém, está mais ligado a afetividade que propriamente em decisões tomadas racionalmente, na medida em que pode estar relacionado a um contexto ou relação particular e não como um dever universal (respeito e consideração a todas as pessoas com necessidade) (HOFFMAN, 2000).

Por outro lado, se pensarmos o cuidado como uma dimensão da moralidade (GILLIGAN, 1993), e os procedimentos de reparação (para além das questões monetárias) como parte da justiça, pode-se falar numa relação indissociável entre estes termos. Assim, uma decisão fundamentada no cuidado (e na relação) pode representar um sentido de justiça para o caso. Até porque, em algumas circunstâncias, a falta de cuidado agride ou desrespeita direitos.

Contudo, a mediação não pode simplesmente construir sua identidade institucional a partir de um tratamento dos conflitos como uma disputa privada, que ignora os aspectos comunitários e sociais expressados pela lei penal. O procedimento precisa ser percebido também como um tipo de censura que objetiva encaminhar o ofensor a encarar e reconhecer o erro que cometeu e a ideia de reparação expressa esse reconhecimento. Nesse sentido, a reconciliação é mediada pelas ideias de reconhecimento do mal causado e reparação do dano, bem como pelo compromisso de não causar novos prejuízos no futuro, para a vítima ou para outros membros da comunidade.

Aliás, além de a reconciliação demandar algum tipo de reparação, há conteúdos inegociáveis na mediação (DUFF, 2003). Entre eles, estão o reconhecimento da injustiça da agressão e, também, o compromisso de não mais ofender a vítima ou de causar mal semelhante a terceiros. Um marido, por exemplo, não pode negociar durante a sessão de mediação que poderá continuar agredindo sua esposa (apenas) nos finais de semana. Isso seria um absurdo tanto do ponto de vista legal como moral.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A mediação restaurativa aparece como instrumento de resolução de conflitos que pode se tornar especialmente atraente para as pessoas envolvidas em um conflito, na medida em que o desfecho do problema não depende de uma *decisão correta* sobre o caso, proferida por um terceiro imparcial dotado de autoridade, mas do debate construtivo e cooperativo elaborado em um ambiente discursivo racional.

Assim, em lugar de um ato decisório que determina quem tem razão, as partes têm condições de produzir de maneira cooperativa e construtiva (e não destrutiva ou competitiva, como ocorre no processo judicial penal) uma solução que lhes parece justa do ponto de vista de seus direitos e interesses.

Da perspectiva das partes envolvidas, verifica-se uma oportunidade para que elas efetivamente participem da solução do conflito, sejam protagonistas da trama que envolve suas próprias vidas, com apoio institucional, e não como meros *expectadores invisíveis* de um sistema fechado e autossustentável de produção de soluções impositivas de caráter punitivo⁴⁴⁴.

É preciso observar que referido modelo de administração de conflitos surge também no plano institucional como um verdadeiro ato de insurgência em relação às formas tradicionais de solucionar conflitos, no sentido de competir com as formas coercitivas e padronizadas por meio da qual a maquinaria judiciária responde às disputas submetidas ao exame estatal. Em lugar de condições desiguais de liberdade e igualdade, além do pouco interesse em motivar uma discussão sincera e aberta a pontos de vistas diferentes, a mediação propõe condições de discurso mais próximas do que Alexy consideraria ser um tipo-ideal de discurso prático.

Em outros termos, as características procedimentais de autonomia dos sujeitos e a horizontalidade das relações, da necessidade de abertura ao ponto de vista do outro e se promover um debate sincero, contrastaria, desse modo, com o modelo de participação obrigatória e de solução coercitiva produzida por um terceiro investido de autoridade. Um modelo que custa a admitir a falta de paridade real de poderes entre as partes durante a encenação ou dramatização de todas as fases do ritual processual.

⁴⁴⁴ Mais particularmente do ponto de vista da vítima, pode-se dizer que há sim uma ampliação do acesso à justiça formal.

O que se quer dizer com isso é que formas restaurativas de justiça estariam mais próximas dos ideais de liberdade, igualdade e reciprocidade como cooperação e mútua estima sustentados no trabalho e que, portanto, assumiriam um papel distinto ou alternativo às formas de resolução de conflitos fundamentadas em discussões competitivas e valorações de provas.

Isso significa que o esforço institucional de reforma do sistema de justiça criminal constitui não apenas uma tentativa de se emprestar maior eficiência gerencial aos processos (que, sem dúvida, é um dos objetivos prioritários do Poder Judiciário), mas de (re) legitimar o próprio sistema oficial de administração de conflitos como estrutura apta a dar resposta às disputas⁴⁴⁵ de forma justa.

Embora razões particulares devam sempre existir para a tomada de decisões fim de que se possa analisar e avaliar cuidadosamente todos os aspectos normativos relevantes relacionados à solução do problema, o processo penal tradicional, — formalista, competitivo e retributivo⁴⁴⁶ — dispõe de pouco espaço, tempo e interesse em fornecer condições para a avaliação dos aspectos particulares da demanda e formulação de soluções morais e situacionalmente adequadas.

Contudo, os problemas com que as pessoas se deparam na justiça criminal são por vezes tão profundos e tem vínculos tão complexos que as diferentes finalidades, estruturas e teorias do direito são frequentemente incapazes de nos conduzir adiante no caminho que nos leva a desfechos eficazes e equânimes. Com frequência, esses problemas só podem ser resolvidos caso se dê a devida atenção a seus aspectos particulares e as suas múltiplas e complexas dimensões, bem como envolva ou possibilite uma cogestão de resultados que reconheçam e promovam direitos. Algo que processo penal tradicional não oferece.

Por isso, a defesa de um modelo restaurativo de justiça representa um reconhecimento, ainda precário e insuficiente, de que administrar situações problemáticas⁴⁴⁷ de maneira correta e justa demanda, muitas vezes, uma compreensão mais profunda da questão, para além dos enquadramentos legais e das respostas padronizadas oferecidas pela justiça tradicional.

⁴⁴⁵ Consoante mencionei na introdução, a postura de defesa da justiça restaurativa como forma institucional de administração de disputas significa reconhecer a legitimidade moral do sistema de justiça criminal. Ver, nesse sentido, Daly (2000; 2002; 2003).

⁴⁴⁶ Sem medo de exagerar, é de se compreender que o distanciamento em relação à prática ou como as coisas funcionam pode produzir uma série de incongruências.

⁴⁴⁷ Para usar uma expressão de Hulsman (1989) em substituição ao conceito de delito.

A equidade, em suas dimensões de justiça (respeito a direitos) e solidariedade (preocupação, respeito e cuidado com outro) permitiria, a partir das considerações formuladas neste trabalho, a concretização do direito e, por sua vez, a concretização de uma justiça mais próxima a dimensão do vivido⁴⁴⁸, justamente porque reivindica a consideração dos pontos de vistas das partes, mesmo que formulados a partir de desacordos razoáveis. Isso porque qualquer modelo de justiça que pretenda ser equitativo deve ser capaz de prever as sensibilidades locais que envolvem um conflito concreto —, de modo a permitir que as partes deem o sentido mais correto ao preceito legal.

Nos termos sustentados nesse trabalho, a mediação restaurativa deve ser capaz de ajudar as partes a chegarem a um resultado equitativo, por meio de um procedimento moral que convença e motive as partes agirem de maneira cooperativa e equitativa, justamente porque esse comportamento é melhor forma de maximizar seus resultados. Ou seja, para funcionar como aquilo que se propõe a ser (um modelo de justiça diferenciado pelas condições de discurso, de interação e de promoção de resultados ajustados às pretensões dos envolvidos), a mediação precisaria se apresentar e convencer os atores institucionais e as partes do seu valor, da sua legitimidade e adequação.

Se a justiça restaurativa quer ser uma forma diferenciada de justiça institucional, o que se sugere no trabalho é que as instituições de justiça precisam ser capazes de tornar o ambiente institucional adequado para que os participantes do conflito possam de fato expressar de maneira real seus sentimentos, discutir de forma clara e informada o abuso cometido e o dano experimentado e negociar responsabilidades/obrigações correlacionadas (dimensão normativa). Para isso, a justiça restaurativa necessita superar alguns limites, riscos e desafios.

Limites e desafios da justiça restaurativa

Em primeiro lugar, consoante se ressaltou, a justiça restaurativa constitui uma

⁴⁴⁸ Essa articulação demanda novas fórmulas discursivas e uma abertura ou flexibilização do direito que possibilite diminuir a distância entre a dimensão do contexto cultural mais abrangente (compreensões mais gerais sobre o que certo ou errado no contexto das relações) e a dimensão normativa caracterizada pela norma penal (o que correto ou errado do ponto de vista do que dispõe a norma penal).

fase ou etapa de um processo mais amplo de administração de conflitos. Essa característica determina que as partes não elejam o procedimento ou tipo de intervenção oficial aparentemente mais adequado para administrar a disputa, mas o Estado. No Brasil, é o Poder Judiciário que encaminha, analisa e decide a partir de critérios legais objetivos (tipo de delito) e fatores circunstanciais relacionados ao conflito (como a identificação das partes envolvidas), quais conflitos são submetidos à mediação institucional. Um típico processo de linha de montagem⁴⁴⁹. Assim, o encaminhamento dos casos de menor potencial ofensivo para a mediação não passa de uma aposta na *adequação* do procedimento para dar conta de fornecer uma resposta consensual ao conflito.

Isso não quer dizer que as partes não tenham qualquer controle sobre o processo. As partes têm o controle sobre a decisão de participar ou não da mediação, bem como, em caso de aceitação, de controlar a decisão ou resultado. Porém, esse controle não é absoluto. Caso uma das partes não aceite participar, ambas perdem o controle sobre o processo e a decisão. Caberá então ao juiz decidir a solução a partir de proposta do Ministério Público.

Além disso, uma vez aceita a participação, as partes não têm controle amplo sobre o desenvolvimento e a seleção de informações que constituirão a base para discussão e resolução de disputas. Embora exista um espaço para o diálogo, as partes não podem apresentar documentos, por exemplo. De igual forma, alguns conteúdos discursivos (questões) são desestimulados no debate como forma de não agravar a disputa, consoante se observou no campo de pesquisa.

As partes também não podem escolher o mediador. Cabe à instituição indicar alguém como responsável para tratar o conflito. Por fazer parte de uma estrutura institucional, o mediador é também um profissional da justiça. Ele é treinado para mediar. Assim, embora sem poderes coercitivos formais, simbolicamente o mediador está investido de uma autoridade delegada e representa um poder estatal. Até que ponto essa autoridade é percebida pelas partes depende de cada mediador e do uso efetivo em cada situação de instrumentos de coerção para forçar um acordo⁴⁵⁰.

Em diferentes situações pude perceber a intenção e insistência das partes em

⁴⁴⁹ Em outras palavras, são encaminhados para mediação os conflitos de menor potencial ofensivo em que as partes estão identificadas para a mediação, independentemente de análise prévia no que diz respeito a intenção das partes sobre o que elas de fato querem. Nos crimes mais graves, o réu, por meio de seu defensor, pode solicitar a mediação vítima-ofensor como forma de reduzir sua pena.

⁴⁵⁰ Essa questão por si só já abre uma frente ou linha interessante de pesquisa.

tentar persuadir o mediador de que suas teses ou argumentos deveriam prevalecer. Essa postura denota essa percepção de “autoridade” do mediador ou, no mínimo, de alguém em posição de influir no resultado.

Outro risco envolvido na incorporação do processo de mediação como uma etapa ou fase de formas institucionais tradicionais de resolução de conflitos não é, a meu ver, o de se colocarem em risco os direitos fundamentais por meio da preterição de garantias, consoante afirmam alguns⁴⁵¹. Essa discussão demandaria um pouco mais de elaboração. Contudo, por ora se sustenta que formas alternativas de justiça devem interagir ou se articular de forma diferente com os direitos fundamentais aplicáveis ao processo penal. Ler os processos restaurativos de administração de conflitos sobre a mesma lente que se enxerga o processo tradicional não me parecer adequado.

Porém, o que se ressaltar é que o risco de se tratar a mediação restaurativa como apenas uma fase do processo de administração de conflitos no sistema de justiça criminal é de que esse processo alternativo seja novamente castrado pelas deficiências e ingerências que demandaram a sua criação, isto é, de serem mais uma vez tratados pelas burocracias e pela cultura jurídica como mecanismos secundários de administração de conflitos, utilizados apenas para delitos menores.

Assim como os JECRIM foram sabotados como espaços informais de resolução de conflitos em nome da administração eficiente e célere de conflitos, por meio de soluções padronizadas e com pouca (ou nenhuma) consideração com a vontade dos envolvidos, os espaços de mediação estarão frequentemente sujeitos a prestarem contas não da forma como manusearam cada conflito e da satisfação que produziram, mas de quantos casos conseguiram efetivamente atender.

Certamente, é preciso levar em conta que o Judiciário, ao propor a inclusão da mediação como (mais) uma porta de acesso à justiça, também está preocupado em maximizar a prestação jurisdicional, ou seja, em reduzir o volume de processos e, com isso, prestar um melhor serviço público de justiça. Contudo, sob o prisma da eficiência, os ainda elevados números de ausências ou de sessões sem acordo poderiam colocar em risco esse modelo. É que estabelecer espaços de colaboração mediada, em que se espera que os interesses sejam satisfeitos por meio de uma reciprocidade não coercitiva, custa caro. Ele é mais um serviço que demanda tempo e recursos públicos

⁴⁵¹ Para ver as críticas aos modelos negociais ou dialogais, ver Carvalho (2002) e Wunderlich (2004).

para funcionar. E uma avaliação de eficiência fundamentada apenas em número de demandas atendidas e acordos produzidos não é, a meu ver, capaz de dimensionar esse tipo de justiça. Outros benefícios precisam ser considerados nessa avaliação.

Mais um importante elemento a ser considerado é a dificuldade dos profissionais do direito em renunciarem ao controle sobre os processos jurídicos e o monopólio das leis em nome da eficiência e da proteção dos mais fracos. Aliás, esse talvez seja um dos principais entraves à difusão e utilização de processos informais de administração de conflitos. A ideia de justiça sempre esteve diretamente atrelada à figura de um juiz ou árbitro, como alguém imparcial e dotado de autoridade que decide em cada caso individual, de acordo com as leis promulgadas, o que é justo ou injusto. Romper a crença exagerada na eficiência do processo tradicional em fazer justiça é uma missão difícil.

Por outro lado, é preciso levar em conta que, em tempos em que as sociedades estão fragmentadas, em que as pessoas não se entendem como membros de uma comunidade de cooperação, mas como indivíduos que buscam maximizar seus próprios interesses, há cada vez menos espaço para o diálogo e a expressão verbal não violenta do desconforto para com atitude do outro. Assim, para satisfazer sua função pública pensada de possibilitar uma atuação cooperativa das partes, a mediação judicial precisaria ser capaz de despertar uma consciência de solidariedade mínima que torne obrigatória um tratamento recíproco que seja justo e equitativo, sem recorrer à retórica da força mesmo quando falharem as tentativas de suscitar nas partes o interesse em cooperar. Esse, certamente, é um dos principais desafios da justiça restaurativa.

Outro desafio é de não se trivializar a ofensividade dos conflitos, sobretudo quando as lesões aos bens jurídicos em disputa são pressupostos de baixo potencial ofensivo. A simplicidade e informalidade do procedimento, a falta de um mediador juridicamente informado e incapaz de perceber a profundidade do ressentimento e a reiteração de condutas ofensivas que não cessam por meio do diálogo frente a frente, pode fragilizar a capacidade da justiça restaurativa em produzir soluções que atendam pelo menos um dos envolvidos.

Nesse sentido, ao se avaliar os limites e resultados do procedimento, nota-se uma dissintonia entre a visão idealista que sustenta a mediação e as práticas concretas de administração de conflitos. Há uma série de *gaps* entre os ideais e aspirações da justiça restaurativa e seu funcionamento prático. Isso pode ser

resultado, sobretudo, das expectativas infladas sobre o que o procedimento de mediação restaurativa pode entregar em termos de reparação de direitos e da relação.

Uma primeira coisa a ser levar em conta é que mediação não é para tudo nem para todos. O colocar frente a frente as pessoas em conflito não está imune a fracassos. Nem aqui nem outros lugares⁴⁵². Estudos publicados sobre o tema revelam um alto nível de percepção de equidade ou justiça no processo (justiça procedimental), no sentido de um tratamento respeitoso, cordial e não coercitivo, mas não em relação aos seus resultados ou em relação à equidade da relação⁴⁵³. As partes nem sempre são capazes de gerenciar emoções, demonstrar reconhecimento e discutir responsabilidades.

Em outros termos, a partir de uma observação do procedimento, é possível perceber que os participantes da mediação até concordam, de um modo geral, que são tratadas com respeito e que são ouvidas em procedimentos restaurativos⁴⁵⁴, mas, como vimos aqui, mesmo em termos procedimentais a mediação apresenta limitações que comprometem seu grau de satisfação: de tempo, de conteúdo e de forma.

Restrições epistemológicas verificadas na mediação que dificultam a compreensão e elucidação do conflito. Referidas limitações discursivas impedem que algum tema ganhe espaço na discussão, seja por meio da orientação para uma das partes não traga ao debate outro problema que as incomoda ou a vedação a apresentação de informações (provas) em audiência, com o objetivo de facilitar a realização de um acordo sobre a questão principal debatida.

Ocorre que a percepção de equidade do procedimento está diretamente relacionada com as condições discursivas oferecidas pela mediação, consoante pude notar. Se as partes não podem apresentar informações e documentos que corroborem seus pontos de vistas, bem como apontem responsabilidades pode haver a percepção

⁴⁵² Isso foi constatado por Tiveron (2014) em sua pesquisa de campo nos centros de justiça restaurativa do TJDF. Ver, conclusão semelhante em outros contextos em Crawford e Newburn (2003); Daly, (2001; 2006).

⁴⁵³ Ver, especialmente, sobre justiça interacional, capítulo 5.

⁴⁵⁴ Em muitos processos, também foram constatadas uma maior probabilidade de cumprimento das obrigações de reparação que em processos em que as sanções reparatórias ou compensatórias são impostas. Ademais, verificou-se uma diminuição significativa do medo e da ansiedade em relação às situações de violência e em relação ao próprio autor do ilícito. Ver Zernova (2007); Umbreit (1998). Em minha experiência de campo não percebi esses constrangimentos e uma tentativa se realizar um acordo a todo custo. Talvez porque o atual modelo de mediação busque justamente se afastar das práticas conciliatórias ou negociais coercitivas observadas nos JECRIMs, sobretudo por meio de transações penais.

por parte dos envolvidos de que o procedimento não é capaz de fazer justiça, no sentido de correlacionar direitos e obrigações.

De outra sorte, a impossibilidade ou desestímulo à discussão de alguns temas pode dificultar o debate e diminuir a satisfação com o resultado, sobretudo porque as partes podem compreender que o verdadeiro motivo do conflito não foi explicitado (ou entendido) ou que o alcance do acordo é limitado.

Uma ideia de boa comunicação pressupõe um conjunto de informações suficientes sobre o fato, como funciona e para que serve a justiça restaurativa, além das potenciais consequências do conflito em termos jurídicos. Nem sempre as partes compreendem bem todas essas coisas.

Quando o procedimento restaurativo se fecha a toda e qualquer atividade probatória (verdade) e separa de forma definitiva os fatos da justiça, pode não ser capaz de avançar para discussão de interesses e valores. A verdade, nesse caso, pode abrir caminho para justiça, desde que as partes não estejam fortemente comprometidas com uma versão particular da realidade.

Além disso, as amarras procedimentais inerentes ao processo tradicional, por exemplo, dificultam a análise de questões com diferentes roupagens jurídicas, como conflitos de direito privado (herança, sucessões) e questões de ordem penal. A separação de questões cíveis e penais dificulta a discussão profunda e inter-relacionada de temas que podem ter sentidos ou classificações jurídicas diferentes. Um ato de agressão, que representa uma violação da lei penal (ameaça; lesão corporal, p.ex.) e que legitima a intervenção estatal, é muitas vezes apenas o desfecho ou última gota em um longo processo de disputa que envolve, por exemplo, a destruição de bens de um espólio, compra e venda de um veículo, etc.

Cindir o conflito em partes é um ranço da chamada autonomia do direito que aloca os problemas em grupos de conhecimento e cria diferentes critérios de interpretação e aplicação da lei⁴⁵⁵. A partir daí as instituições se organizam e se especializam em torno dessa distribuição nem sempre funcional da classificação dos fatos e tem dificuldades em equacionar conflitos de diferentes matérias em um só lugar. Há serviços judiciários específicos para discutir questões de direito penal, de direito civil e administrativo. Cada qual com sua competência.

⁴⁵⁵ Ver Santos (2011).

Observa-se, contudo, que as especificações das burocracias não costumam enxergar a complexidade das relações e a necessidade de uma articulação das diferentes questões ou temas que envolvem as disputas. De que adianta a parte querer falar do problema da compra e venda de um veículo se o mediador quer resolver apenas a questão da ameaça ou da injúria? Esse é um problema que práticas restaurativas precisarão enfrentar.

Como consequência, os compromissos firmados algumas vezes atendem apenas parcialmente às pretensões das partes envolvidas. Por isso, nem sempre é fácil convencer que a justiça restaurativa é de fato superior ou mais vantajosa que a justiça tradicional, centrada no poder decisório de um terceiro imparcial. Convencer as partes envolvidas que a agir de maneira equitativa, no sentido de respeitar o outro e reparar o prejuízo causado, é algo que maximiza os resultados, demanda tempo, habilidade e recursos motivacionais que nem sempre os mediadores são capazes de manejar.

Há também problemas no que diz respeito à restauração/reparação propriamente dita no processo (equidade do resultado)⁴⁵⁶, notadamente em relação ao tipo de resultado possível e aceitável. Indenizações que não reparam ou restituem, pedidos de desculpas que não recompõem ou reintegram moralmente aparecem, com frequência, em processos de mediação.

Mas há, sobretudo, uma dificuldade em se gerenciar adequadamente emoções (culpa, remorso, empatia, perdão, arrependimento etc.) que possibilite que a dimensão normativa (responsabilização, correção) ganhe força e faça diferença no processo de diálogo e entendimento, bem como na disposição de reconhecer a legitimidade do outro e reparar os prejuízos causados. Nem sempre as partes alcançam o reconhecimento moral do outro que esperam, concretizado em forma de responsabilização e reparação.

Reconhecer a culpa e se dispor a reparação não é algo fácil de se alcançar. A culpa e o remorso devem “surgir” de dentro para fora, mais que de fora para dentro. O procedimento da mediação necessita, para funcionar melhor que o processo penal, fornecer uma ampliação normativa do problema discutido, em que se leve em conta não apenas questões morais que se limitam a dizer o que os agentes (autores) podem

⁴⁵⁶ Ver capítulo 5.

ou não fazer, mas que permitam à vítima objetar, rechaçar e exigir algo. No caso, a reparação de seus prejuízos materiais e morais.

Consoante mencionei anteriormente, a moralidade exige de nós sacrifícios. Ela nos demanda uma ponderação entre viver uma vida boa, no sentido buscar os interesses próprios, e fazer o que é correto. E isso demanda tempo, dedicação, habilidade e avaliação/ponderação. O tempo da mediação é curto. Além disso, as partes não se preparam para mediar. Boa parte das vezes chegam à sessão sem saber qual o conflito ou problema em discussão.

De outra sorte, como as ideias de crime e de dano aparecem apenas vagamente nas discussões da mediação (a não menção à norma figura como um instrumento de empatia para com o auditório e, com isso facilitar o entendimento), muitas pessoas têm dificuldades de reconhecerem o malfeito. Isso ocorre geralmente sob a desculpa de se evitar o efeito estigmatizante da justiça criminal e não inviabilizar o diálogo. Contudo, a falta de dramatização adequada das consequências e responsabilidades relacionadas ao problema pode justamente impedir a articulação de necessidades, consequências, responsabilização, reparação e compromissos, que são os aspectos que categorizam ou dimensionam o conflito em sua lógica relacional.

No convite que o mediador encaminha às partes solicitando que contem seu lado da história falta, a meu ver, um questionamento aos envolvidos não apenas de como se sentem em relação à situação em si, mas também de como percebem os reflexos de suas ações sobre o outro.

Em síntese, mesmo que o mediador seja capaz de ressignificar o conflito, despolarizar momentaneamente as partes, gerar opções e orientar a produção de soluções que aparentemente atendam aos envolvidos, compromissos sinceros demandam transformações verdadeiras. A satisfação com o procedimento nem sempre reflete a satisfação com a interação entre as partes e o resultado⁴⁵⁷.

Durante minha pesquisa de campo pude constatar que as práticas restaurativas se aproximam de pretensos padrões éticos e práticos que orientam seu discursivo e procedimental idealizado, no sentido de atender as partes com cortesia, imparcialidade, respeito e consideração entre outras. Contudo, em poucas situações é possível perceber graus elevados de restauração em termos de resultados

⁴⁵⁷ Ver, no caso brasileiro, por exemplo, Tiveron (2014).

equitativos ou de interações qualificadas pelo respeito e consideração⁴⁵⁸. Na observação das práticas restaurativas e no procedimento de treinamento para mediador, verifiquei uma série de déficits que inviabilizam a conclusão de acordos equânimes. Gostaria de explicitar de maneira resumida alguns deles e, com isso, abrir novas eventuais novas frentes de pesquisa.

Justiça e solidariedade ou justiça vs. solidariedade

Outro problema que merece atenção é que a mediação restaurativa ainda carece de objetivos claros em termos de resultados que pretende alcançar. As finalidades restaurativas transitam sem muita convicção entre justiça e pacificação, como se referidos objetivos fossem perfeitamente conciliáveis. O que não são. Justiça e paz não são propriamente ideias complementares. Ao contrário, às vezes competem entre si.

A opção pela justiça, como obrigação correlacionada a direitos, pode significar uma renúncia à paz e vice-versa⁴⁵⁹. Isso porque quando há muita justiça pode faltar solidariedade ou cuidado. De igual forma, se sobrar solidariedade, sobretudo na forma de um entendimento forçado ou foco apenas em interesses, sem considerar a dimensão normativa do problema ou direitos de cada um, pode haver um déficit significativo de justiça.

Articular justiça e paz, portanto, é uma tarefa difícil. Ela envolve ao mesmo tempo promover direitos e gerar reconhecimento. O que se sustenta aqui é que a reparação de direitos depende do reconhecimento como uma atitude de respeito e consideração do interlocutor. Por isso, para se obter justiça é preciso antes suscitar solidariedade como reconhecimento do outro como alguém digno e de suas próprias responsabilidades.

Contudo, ter que lidar com situações em que há um grande envolvimento emocional e ter que superar barreiras de incompreensão e negação demanda uma

⁴⁵⁸ Meu campo de pesquisa corrobora, em parte, essa conclusão. Na observação das práticas restaurativas e no procedimento de treinamento para mediador, verifiquei uma série de déficits que inviabilizarem a conclusão de acordos equânimes.

⁴⁵⁹ Margalit (2010, p. 7) cita uma famosa frase do Talmude para ilustrar o fato de que justiça e paz nem sempre caminham juntas: “When there is strict justice, there is no peace and when there is no peace, there is no strict justice”.

grande habilidade social do mediador em despertar, retoricamente, uma vontade (genuína) das partes em buscarem uma solução para o problema.

Como um movimento espontâneo, a culpa e o remorso devem surgir de dentro para fora, mais que de fora para dentro. O que não significa que não possam atuar razões externas para ação. A violação das normas jurídicas, concretizada no plano das relações em um dano experimentado por quem o sofreu, revela uma fraca interiorização de normas. Por isso, a vontade ou o interesse em reparar pode e deve ser impulsionado, seja como um atrativo de ganho pessoal (material ou emocional), seja como um ganho social. A obrigação moral que surge da agressão a direitos é fruto de normas exteriores (que funcionam em segundo plano, de maneira implícita) e, principalmente, por deveres de justiça.

Nesse sentido, o mediador pode sim fornecer razões externas para a tomada de atitudes de perdão e reparação, a fim que as partes possam sentir suas verdadeiras identidades, percebidas no ato de dar (reparar, reconstruir, recuperar) e de receber (ser reparado enquanto alguém que foi violado em seu direito), sem necessariamente assumir uma posição avaliativa, no sentido de privilegiar umas das partes.

A obrigação de reparar deve aparecer no procedimento como algo adequado ou justo a se fazer ou, ao menos, que respeitar e atuar em favor do outro seja entendido como algo bom, ainda que em momento difíceis em que as emoções (negativas) estão à flor da pele.

Com isso se quer dizer que atitudes de reciprocidade, em algum nível, podem ser aprendidas socialmente de modo a alimentar as relações sociais com compromissos de solidariedade e justiça⁴⁶⁰. Mas o impulso à cooperação e à reciprocidade somente alcançará um resultado satisfatório se acompanhado de um bom gerenciamento de emoções.

Compromissos barganhados são suficientes?

Outra questão a ser ponderada na mediação são tipos de compromissos ou acordos que é capaz de entregar. As teorias sobre a negociação em situações de conflitos que surgiram nas décadas de 70 e 80⁴⁶¹ — e que serviram de base para

⁴⁶⁰ Em sentido diverso, ver Godbout (1998), a partir de seus estudos sobre a dádiva de Mauss. O autor acredita que essa aprendizagem subverte a essência da dádiva como obrigação espontânea e gratuita.

⁴⁶¹ Ver, por exemplo, Fisher et al. (2014).

doutrina da mediação no Brasil — introduziram muitos modelos colaborativos de solução de conflitos, sustentados em barganhas integrativas, ganhos mútuos, resolução de problemas humanos etc. Essas ideias mais tarde foram apropriadas pelos reformistas dos sistemas de justiça criminal como soluções para os déficits da justiça oficial pública.

De acordo com essas concepções, negociar é persuadir o outro a reconhecer algo e conseguir que o outro faça algo que você quer que ele faça. Como por exemplo, reconhecer uma dívida e se comprometer a pagá-la, reconhecer uma ofensa e pedir desculpas ou arcar com o prejuízo causado. Contudo, como fazer isso se a comunicação não funciona? Como chegar a um resultado que de fato repare se o ressentimento é maior que a disposição para falar e ouvir?

De um ponto de vista estratégico, as pessoas têm uma tendência a negociar quando percebem que a negociação é mais vantajosa do ponto de vista pessoal do que outras formas procedimentais de resolver o conflito. Agir estrategicamente pressupõe um agir que pondera custos e benefícios, ganhos e perdas, mais que demandas de reconhecimento e reparação.

Para superar essa perspectiva meramente estratégica de negociação, em primeiro lugar é crucial que as partes enxerguem os potenciais benefícios da mediação, tanto na perspectiva de ser ouvido e poder expressar o que pensa, como em termos de contribuir para um tipo de resultado que não poderia ser alcançado em outras esferas. Em outros termos, o que se verifica é que para ter algum tipo de sucesso na resolução do problema de maneira equânime, o procedimento deve ser capaz de levantar pretensões outras que não a simples opção pela satisfação de interesses pessoais.

Em outros termos, os participantes convocados à negociação institucional necessitam ancorar em suas consciências o significado cooperativo das atividades de mediação e deixar de lado os comportamentos puramente egoísticos e estratégicos. No mínimo, as partes precisam concordar sobre o modo pelo qual irão discordar a respeito daquilo que faz sentido para elas.

Isso não quer dizer que as partes precisam atuar a partir de regras de confiança e amizade, nem mesmo assumir uma participação empática e desinteressada na vida do outro. A solidariedade ou reciprocidade das relações deve apenas ser tal de modo que possibilite um entrelaçamento dos interesses egocêntricos. Nesse sentido, a formulação de um processo de comunicação, pensado a partir de um ponto de vista

não estratégico, passa, em princípio, por convencer as partes a se abrirem ao diálogo e não simplesmente defenderem suas posições, no sentido de que eu sou vítima ou eu estou certo. Mas não apenas isso. Elas precisam, em alguma medida, conseguir expressar de forma clara e aceitável aquilo que o conflito significou para elas e aquilo faz sentido em termos de reparação de direitos.

Essa condição discursiva de abertura é muito relevante para formulação de uma discussão racional e para, quem sabe, se produzir acordos equânimes que levem em conta as diferentes percepções, interesses, sentimentos e direitos envolvidos. Uma solução que restaure o equilíbrio moral entre as partes e recomponha direitos.

Um ponto que se coloca, todavia, é que nem é possível se dar ênfase ao reconhecimento ou à necessidade de uma interação focada na dimensão normativa do conflito. Em primeiro lugar, é quase impossível para o mediador antecipar como as partes vão encarar uma imputação criminal e como vão se portar diante umas das outras. Em algumas situações as partes adotam uma postura excessivamente combativa ou competitiva. Com isso, vencer o outro ou vê-lo punido se torna o objetivo central da participação em qualquer procedimento institucional. Já em outros contextos, os participantes da mediação podem atuar para pôr fim ao litígio por entender que a disputa se mostrou incômoda ou desnecessária. Ou, ainda, podem simplesmente perdoar ou querer esquecer.

O segundo ponto é que interesse em colaborar para uma solução não significa que as pessoas se consideram como jogando no mesmo time⁴⁶². Ou seja, a colaboração pode estar focada apenas em se livrar de uma disputa ou não ter mais contato com a outra parte. Compensa negociar se não houver uma alternativa melhor, mais rentável do ponto de vista financeiro ou sentimental.

Embora essa perspectiva se afaste da noção de acordo equânime, ela é pode ser a única possível no âmbito da mediação em face das limitações epistemológicas, discursivas ou mesma em face da vontade ou desejo das partes. E tanto o Judiciário como as partes precisam encarar isso com naturalidade, como um desfecho possível, ainda que seu potencial restaurativo seja mínimo.

Um cuidado importante, a meu ver, é que a eventual aceitação de acordos produzidos por meio de barganhas fundamentadas em interesses não deveria ser como um convite a esse tipo de negociação penal. É que se uma pessoa coloca muita

⁴⁶² Ver Berger et al. (2017).

força para obter um resultado favorável ela até pode ganhar mais, mas essa atitude aumenta o risco de ruptura da relação, além do perigo que impõe sobre a segurança do cumprimento do acordo. Isso porque a pessoa que perdeu pode entender que faltou equidade — no sentido de respeito e consideração interpessoal na relação —, embora tenha sobrado interesse.

A questão que se coloca, portanto, é que a justiça restaurativa pode se dispor e de fato promove diferentes graus de restauração dos conflitos, conforme a disposição e motivação das partes no encontro, bem como a capacidade do mediador para gerenciar emoções e despertar um tipo de intuição moral em favor da responsabilização e reparação. Na prática, no mais das vezes, o que se vê são compromissos firmados que põe fim à disputa, sem levar em todos os aspectos inerentes à reparação integral de direitos e sentimentos.

Compromissos barganhados⁴⁶³ são, por assim dizer, soluções com potencial mínimo de elucidação simbólica, em que as partes não conseguem compreender e articular de modo eficiente as distintas dimensões conflituais (necessidades, reparação, responsabilização, consequências, compromissos futuros), de modo a superar ressentimentos e com isso construir um acordo plenamente satisfatório.

Uma tendência em acordos como desse tipo, sobretudo em relações de múltiplos vínculos (familiares, amigos, vizinhos etc.), é que as partes voltem a se ofender no futuro e que novos conflitos sejam institucionalizados. Um exemplo é o caso que denominei de *Déjà vú*, em que acordos anteriores firmados entre as partes (ex-companheiros) foram repetidamente descumpridos.

Contudo, reforça-se, como qualquer procedimento limitado, cujas condições discursivas ideais serão alcançadas apenas de maneira aproximada, há se reconhecer que compromissos negociados ou barganhados podem ser algo que se poderia ser assumir, em termos institucionais, como acordos suficientes ou possíveis.

Motivar e cooperar

A perspectiva procedimental de justiça representa uma aposta na confiança e na legitimidade do procedimento, fundamentada na capacidade dos atores institucionais e das próprias partes de estabelecerem condições discursivas

⁴⁶³ Para usar uma expressão de Cardoso de Oliveira (1989, p. 399-340; 1995, p.14).

adequadas para o entendimento. Por isso, a percepção de equidade do procedimento é algo fundamental para o funcionamento da mediação e é a chave para suscitar manifestações de solidariedade (respeito, consideração e cuidado com o outro) e justiça (obrigação correlativa a direitos). Daí a importância de uma série de arranjos e ingredientes que possibilitem a interação construtiva, capaz de vencer as resistências da indignação e do ressentimento e suscitar empatia, arrependimento, remorso, culpa, reparação e perdão.

Uma avaliação intersubjetiva de justiça do procedimento, que identifique nele características como consistência, ausência de preconceitos, precisão/correção, bem como seja representativa das opiniões de todos e sustentada em valores éticos⁴⁶⁴, pode ser importante no processo de tomada de adesão e sujeição aos acordos produzidos. A percepção de ser tratado de forma justa em âmbito oficial pode determinar o comportamento cooperativo e respeitoso, isto é, o tratamento institucional com justiça e consideração, independentemente do resultado, pode contribuir para motivar as partes a um tipo de comportamento ético.

Contudo, há que se ressaltar que a simples adesão e sujeição ao procedimento não assegura sempre um resultado justo nem desejável. O processo da justiça restaurativa, como um tipo procedimental imperfeito, não é mais que um meio para se alcançar um resultado justo. Desse modo, há que se fazer mais.

A exclusão formal da coerção e a participação autônoma não são suficientes para justificar o procedimento como justo. Há muitas variáveis que permanecem e sujeitam o procedimento a contingências arbitrárias, vista de uma perspectiva moral. Em situações reais, mesmo que controlado, o procedimento pode ser injusto, na medida em que as partes podem se sentir pressionadas a participar da mediação, colocarem-se em uma posição de negociação desvantajosa, enganadas ou de algum modo iludidas sobre as condições e as possibilidades do procedimento ou, ainda, não terem claros seus interesses e necessidades.

Um erro comum é atribuir ao procedimento um caráter instrumental para a realização da justiça restaurativa. Desse modo, qualquer que venha a ser o resultado, entende-se que o processo é justo, uma vez que as partes aderiram a ele de forma autônoma e em condições de equidade. Contudo, o procedimento em si não é uma condição necessária e suficiente para assegurar um resultado qualquer e, muito

⁴⁶⁴ Ver, entre outros, Leventhal (1977).

menos, um resultado justo. Do ponto de vista instrumental, faltam os tradicionais recursos de persuasão, como a ameaça legal. Do ponto de vista moral, o convencimento depende de algo mais que o tratamento cordial e respeitoso por parte do mediador.

Os resultados das sessões de mediação restaurativa variam muito. Há sessões em que as pessoas conseguem se sentar juntas para conversar e produzir um acordo. Há sessões que as partes chegam a um acordo sem sequer se falarem. E há sessões que as partes não podem ficar juntas por um minuto sequer. Qualquer coisa é motivo de confusão.

De modo semelhante, há uma variação significativa nos níveis de satisfação em relação ao acordo que são alcançados. Há situações em que a solução do caso é apenas parcial, enquanto outras aparentemente estão mais próximas de uma satisfação plena. Cumpre observar, todavia, que quando a satisfação é parcial, em lugar do perdão e da renovação dos sentimentos, o que se verifica é a persistência entre os litigantes de algum grau de ressentimento e desconfiança em relação ao futuro.

Em termos de resultados, a justiça restaurativa não pode estar preocupada só com questões de eficiência e produtividade, como o número de processos analisados e acordos concluídos. Isso porque questões como produtividade e eficiência geralmente não conseguem aferir questões de equidade. Por isso, sugere-se que sejam associadas às medições de produtividade indicadores e variáveis de equidade que mensurem a satisfatividade do processo de mediação, a partir das três dimensões propostas neste trabalho (procedimental, distributiva e inter-relacional).

Esse novo olhar sobre o processo nos leva a refletir diretamente sobre o tempo destinado às sessões, o tipo de assunto que pode ser discutido e o tipo de resultado que a mediação pode (deve) entregar. Consoante já ressaltado, limitações narrativas ou probatórias podem comprometer o engajamento dos participantes, assim como a imposição de limites substanciais e temporais às suas narrativas. Impedir que as partes apresentem um problema que julgam importante ou limitar excessivamente o tempo para exposição oral pode gerar um desinteresse pelo procedimento.

Por isso, mesmo que analiticamente se possa analisar de forma separada a justiça do procedimento, a justiça do acordo e a justiça da relação, referidas dimensões estão interligadas e são mutuamente dependentes. A justiça do procedimento deriva das condições morais de liberdade e equidade no tratamento

institucional que permitem uma discussão aberta e igualitária entre os disputantes. Porém, ela depende não apenas do consentimento das partes para funcionar, mas da capacidade das partes para enxergarem no outro alguém digno de consideração e respeito e das condições de reparação.

A justiça do acordo ou a justiça da substância do conflito decorre de obrigações ou reivindicações morais aplicáveis às pessoas envolvidas independentemente do seu consentimento expresso. As obrigações morais de reparação do dano derivam de um consentimento tácito ou de um acordo contido na lei penal⁴⁶⁵ prévio ao procedimento de resolução do conflito. Há uma suposição de que nosso senso de justiça está condicionado a uma razoável garantia de reciprocidade possibilitada pelo procedimento.

As expectativas sobre a reciprocidade, nesse sentido, colocam limites sobre a extensão de nossos deveres de justiça. A disposição de contribuir cooperativamente de cada pessoa depende da contribuição do outro. Por isso, mesmo sob “condições procedimentais ideais” de diálogo e entendimento, os envolvidos não estarão dispostos a contribuir para produção de uma solução se não houver cooperação da parte contrária. Para mediação funcionar, as partes devem ser capazes de expressar um sentido de justiça em lugar do interesse na retaliação ou de se beneficiar dos outros.

É preciso reforçar, todavia, que o procedimento não pode abrir mão dos aspectos morais do conflito que levem em conta deveres de responsabilização e reparação. Ao não enfatizar o conteúdo moral relacionado ao conflito, o procedimento se torna vazio. Por isso, é preciso entender que qualquer ética de tipo procedimental, como é o procedimento da mediação, precisa distinguir entre a estrutura e o conteúdo moral dos julgamentos. A adesão às concepções estruturais que fomentam o diálogo não importa, necessariamente, na produção de acordos razoáveis sobre o conflito.

Ademais, a liberdade em decidir a melhor solução para o conflito (aquilo que atende os interesses e necessidades de quem participa da relação), ao mesmo tempo em que empodera as partes, cria excessivas responsabilidades. Consoante se afirmou em outro lugar, a moralidade nos impõe sacrifícios não apenas no sentido

⁴⁶⁵ Rawls (2002) ressalta que as obrigações reais nunca decorrem exclusivamente de nosso consentimento, mas derivam de um quadro moral anterior, construído de forma independente. Nesse sentido, ver Sandel (2005).

negativo (de não prejudicar o outro), como também de assumir responsabilidades e reparar um mal praticado.

Do lado do mediador, ele precisa ser capaz de estimular as partes a produzir soluções equânimes. Do outro, as partes precisam perceber a importância da negociação e desenvolver soluções criativas e conciliatórias que permitam a compatibilização de interesses contrapostos. Os interesses, os sentimentos e as necessidades dos outros nos demandam um agir ético que, em algum momento, poderão nos impor um desafio moral de colocar de lado nossos próprios interesses.

Para isso, as partes precisam desistir da intenção de atribuir responsabilidades ou culpa e, por conseguinte, vencer o outro na disputa para ver quem tem razão, e buscar lidar com questões difíceis e complexas, que envolvem não apenas interesses, mas principalmente sentimentos. Enxergar o conflito como algo positivo, como uma oportunidade de exercer de forma autônoma de seus próprios problemas ou maximizar seus ganhos individuais cooperando e atendendo as necessidades do outro, não invoca apenas o uso de técnicas adequadas, mas de autoconhecimento e amadurecimento emocional que não se obtém em alguns minutos de conversa. Não é todo mundo que sabe jogar esse jogo. Entender que se todos fizerem o melhor para si e para outros, todos sairão ganhando é algo que demora em ser assimilado.

Esse tipo de postura demanda uma reflexão cuidadosa de custos e benefícios por parte dos atores que demandam não apenas tempo, mas conhecimento sobre as possibilidades jurídicas e materiais de se negociar um acordo. Do ponto de vista de quem participa do procedimento institucional, além de um tratamento respeitoso, de poder falar e ser ouvido, os envolvidos querem ver seus direitos reparados ou restituídos, material ou simbolicamente. E para que essa reparação seja avaliada e negociada a partir de um cotejamento das ações (contribuições) de cada parte e as necessidades da vítima do dano derivadas das consequências da ofensa, aparentemente faz-se necessário que ela venha acompanhada de um gesto sincero de respeito ou de reconhecimento pelo interlocutor, que dramatize a dimensão moral do conflito, ou seja, traga à tona as responsabilidades e obrigações correlacionadas aos direitos lesionados pela agressão.

Por isso, de um ponto de vista da satisfação ou da equidade, reduzir a solução do conflito a uma simples reparação monetária ou a um pedido de desculpas pode ser insuficiente na perspectiva da formulação de um acordo equânime. Tanto a recomposição de perdas monetárias como a reparação do insulto moral, quando

possível e desejável, precisa ser precedida de reconhecimento da dignidade e legitimidade de cada interlocutor. Aliás, a falta de ancoragem desses gestos de reparação em atitudes de consideração e respeito pode significar uma nova ofensa e ressignificar o conflito como um insulto ou uma atitude de desconsideração à pessoa do interlocutor.

Aliás, solidariedade e justiça estão na base do equilíbrio moral das interações sociais, sobretudo em processos de administração de conflitos em que as partes têm que encontrar soluções para seus problemas, sem a intervenção decisiva de um terceiro imparcial. A justiça em processos de mediação depende, a meu ver, do reconhecimento integral do outro, tanto da perspectiva de sua identidade e valor, como em relação aos prejuízos causados e a necessidade de recomposição.

Um dos grandes desafios da justiça restaurativa é como motivar cooperação. O processo da mediação, como um sistema pretensamente cooperativo, exige que os sujeitos queiram dialogar para encontrar uma solução para o problema⁴⁶⁶. E o grau de cooperação dos sujeitos envolvidos é determinante para o sucesso do procedimento. Nesse sentido, as práticas de mediação precisam convencer (motivar) tanto na perspectiva da aceitação e reconhecimento da legitimidade do procedimento, como também em relação a como convencer/motivar as pessoas a se respeitarem e se reconhecerem mutuamente como pessoas cujo mérito ou a condição de sujeitos (morais, de direito, políticos e éticos) não pode ser recusado.

Mais que uma motivação fundamentada em uma obrigação de conformidade com regras válidas, as partes se veriam constrangidas a observar as regras em favor da cooperação. Reconhecimento e responsabilidade seriam experimentados como pressupostos da cooperação e da reparação⁴⁶⁷.

Nesse sentido, a reconciliação é mediada pelas ideias de reconhecimento do mal causado e reparação do dano, bem como pelo compromisso de não causar novos prejuízos no futuro, para a vítima e para outros membros da comunidade. Com isso, o que se sugere é que direitos e necessidades sejam negociados não em função do simples merecimento ou de uma ideia primitiva de reciprocidade, mas daquilo que efetivamente satisfaz os envolvidos, no plano moral e/ou material.

⁴⁶⁶ Pode-se dizer que a mediação institucionaliza relações de cooperação, sem as quais a solução do litígio não pode ser construída nesse espaço público em particular.

⁴⁶⁷ O que inclui a possibilidade de alteração das regras, caso a cooperação seja admitida e mantida. Ver, nesse sentido, Gunther (2004, p. 179).

Como mencionado anteriormente, o procedimento da mediação abre espaço para um tipo de reciprocidade diferenciado, em que as partes se sintam internamente obrigadas a reparar o dano não como pagamento de uma dívida, mas como dever que decorre de identidade de membro de uma mesma comunidade. Obrigações solidárias, que tentam correlacionar justiça e cuidado são bem-vindas. Contudo, em termos procedimentais, não se pode esperar sempre a existência de reciprocidade como um gesto de nobreza ou de generosidade incondicional ou unilateral expressa, por exemplo, na formula cristã de “dar a outra face” em nome da pacificação.

Atitudes genuínas e espontâneas de arrependimento, vergonha ou culpa são raras. Por isso, o procedimento de mediação deve se valer, quando necessário, de outros mecanismos compensatórios para favorecer ações recíprocas. Motivações externas, mesmo que se afastem da perspectiva de obrigações espontâneas e gratuitas e deixem de lado um pouco de lado aspectos de solidariedade, são necessárias do ponto de vista da justiça.

Nesse sentido, a conjugação de esforços no sentido de criar empatia, despertar o perdão e restabelecer a confiança de que algo de ruim não voltará a acontecer, associada à recomposição das perdas materiais sofridas, na medida do possível, funcionarão como elementos de persuasão e convencimento. O que significa que todos os custos do conflito, emocionais e materiais, precisam ser levados em conta.

A capacidade do condutor do processo de motivar todos os envolvidos para que prospectivamente resolvam as questões, sem atribuição de culpa, é algo que é testada a todo instante na mediação. Nem sempre o mediador é capaz de promover o diálogo aberto e estimular as partes a construir de forma criativa uma solução para o problema. E isso precisa ser admitido e compreendido.

É possível perceber que as partes, muitas vezes, têm dificuldades não apenas para apresentar de forma clara o que aconteceu e aquilo que mais as incomodou, mas principalmente para dizer o que querem. Um mediador experiente e habilidoso pode sim identificar o verdadeiro problema que por trás do conflito, ou conflito real por detrás do conflito judicializado. Ele pode ser capaz de resumir adequadamente de até mais forma clara e precisa que o próprio envolvido as questões em torno do conflito e os sentimentos que afloraram dele. Contudo, daí a conseguir motivar as partes a um entendimento e convencê-las de que a melhor solução é a negociação, sobretudo quando o que está em jogo é uma ofensa física (lesão corporal), moral (injúria) ou o medo (ameaça) é outra história.

Não é fácil separar a pessoa do problema sem contar com a presença de confiança e respeito mútuo. O consenso pressupõe um diálogo racional, cooperativo e autoral. Quando uma pessoa identifica no outro não uma contraparte ou parceiro, mas como um inimigo, há uma tendência de que ela não reconheça o outro como igual. E reconhecer o outro como igual em um processo de negociação é uma importante atitude moral. O reconhecimento é uma condição necessária para o consenso.

Muitas pessoas têm dificuldades de iniciar um diálogo por não reconhecer a legitimidade do outro e identificar interesses comuns, ainda que o único interesse comum seja o de eliminar um conflito penal e não ter mais que lidar com a burocracia oficial. Em muitas situações, as partes estão focadas apenas em alcançar seus objetivos e veem nas explicações e aspirações do outro ilusões ou desejos ilegítimos.

É verdade que bons acordos podem, eventualmente, reescrever o que está disputa e não deveriam refletir as diferenças entre as partes. Bons acordos invocariam concessões mútuas, obtidas de modo voluntário e não coercitivo, a partir da compreensão de que para viver bem com outro não podemos esperar obter sempre o resultado almejado, sem abrir mão de nada.

Contudo, concessões mútuas não significam a distribuição igual de direitos ou atendimento de interesses. Concessões mútuas representam antes reconhecer do ponto de vista do outro. Nesse sentido, uma questão que precisa ficar clara é que nem sempre um acordo envolve encontrar soluções intermediárias ou que dividam as diferenças. O importante é identificar um ponto que possibilite a convivência⁴⁶⁸, ainda que transitória e funcional.

Há casos, todavia, que a decisão por um juiz pode ser útil e necessária. Há conflitos em que partes simplesmente não conseguem ou querem abrir mão de formas competitivas, hostis ou violentas de resolução os problemas. Ora, se as partes não querem dialogar, se a intenção é prejudicar o outro ou mesmo se as responsabilidades explicitadas, nada melhor que um terceiro imparcial para decidir o conflito.

Durante a pesquisa de campo pude notar que, às vezes, as partes depositam maior segurança na decisão de um juiz, como se o magistrado fosse de fato levar em conta seus interesses ou aplicar de modo justo algum tipo de sanção reparadora. Isso acontece porque algumas vezes não aparece de forma suficientemente clara para os

⁴⁶⁸ Ver, nesse sentido, Margalit (2010).

envolvidos quais são as consequências de não se fechar um acordo e as potenciais soluções a serem formulados pelo juízo. Mas, também, porque a comunicação não flui.

O papel do mediador e a seleção dos casos

Em que pese todos estarem sujeitos a administrar conflitos o tempo todo e diferentes componentes influenciarem o conflito (tipo de relação entre as partes, a natureza e a complexidade das questões, número de vezes que as partes já tentaram uma solução conciliatória etc.), não raro as coisas fogem do controle e surge um impasse, tanto na forma de posições irracionais (incapacidade de ouvir, explicar e compreender) ou como também na forma de desacordos razoáveis.

Como se ressaltou ao longo do trabalho, a mediação pressupõe que o diálogo é o caminho para o entendimento. Contudo, em diferentes situações as partes não ficam frente a frente. Por isso, a primeira resistência a ser superada é a de encarar o outro.

Aliás, é comum que o mediador tenha dificuldades de convencer os participantes sobre as vantagens e benefícios da mediação. Não apenas em termos genéricos, fundamentados em concepções idealizadas de restauração ou pacificação social, mas em termos específicos de negociação de uma solução para o problema. Isso porque esse papel a ser desempenhado pelo mediador, de dizer que a mediação no contexto específico pode ser mais eficaz, produtiva e reparadora que o processo judicial pelas razões A ou B, contudo, importaria em algum tipo de avaliação da disputa. Avaliação esta que o mediador precisa estar disposto a fazer.

Ações e respostas prontas são inúteis quando as partes não admitem sua responsabilidade e não demonstram arrependimento. Colocar as diferentes alternativas sobre a mesa e identificar a melhor ou pior saída para o conflito faz parte de qualquer negociação⁴⁶⁹. Isso não significa que o mediador não irá substituir as partes na formulação das soluções, mas apenas formular opções que podem ajudar que as partes descubram o que de fato querem e podem obter.

Os próprios teóricos da negociação encorajam os mediadores a preparar um esboço com as opções que criam ganhos mútuos. Para isso, o mediador precisaria

⁴⁶⁹ Ver Menkel-Meadow (2001); Fisher et al. (2014).

conhecer o processo e eventualmente considerar os autos e as provas na formulação de proposições.

Se não é possível resolver o conflito subjacente em toda sua complexidade, ao menos o mediador deveria avaliar a possibilidade de garantir algum tipo segurança e de incentivar a negociação dos pontos que as partes estão dispostas, naquele momento, a negociar. Algum tipo de solução é, ainda, melhor que nenhuma solução.

A partir da contextualização das histórias dos conflitos observados durante a pesquisa de campo, procurei analisar os motivos das falhas ou sucessos de cada sessão de mediação. Consoante se mencionou anteriormente, muitas das vezes as partes chegam às audiências de mediação sem saber o motivo pelo qual foram chamadas. É possível que elas até saibam qual o problema entre elas ou que cada um fez na situação que originou o processo, mas daí a entender o que determinada atitude representou para a outra parte e, bem assim, quais são as consequências jurídicas e materiais da conduta há uma longa distância.

No processo tradicional, as partes não precisam ser preparadas para o confronto. Para isso, ela necessariamente conta com o auxílio de um profissional do direito que irá orientá-la e falar por ela. Na mediação, ao contrário, as partes precisam falar e explicar. Como esperar que ela fale por conta própria e construa uma solução, sobretudo em questões subjacentes complexas envolvendo transações comerciais, herança e tantas outras, se ela nunca foi preparada para isso?

Se a mediação é difícil para um negociador habilidoso, mais difícil ainda será para pessoas que nunca negociaram. Por isso, uma questão que fica na discussão é: como armar as partes de conhecimento, habilidades, ferramentas e estratégias que poderão ser utilizados na negociação de soluções que lhes parecem mais justas ou satisfatórias?

Uma das possíveis soluções é adoção de mecanismos de triagem ou de uma pré-mediação que identificasse os interesses dos envolvidos e pontuasse as consequências jurídicas da ação e do processo. Somente após essa etapa as partes seriam chamadas à audiência de mediação para tentarem construir uma solução negociada.

Essa triagem poderia preparar as partes em relação ao procedimento por meio de informações sobre o que pode ser feito e os possíveis resultados da discussão. Essa triagem também evitaria uma eventual quebra de imparcialidade por parte do

mediador. Uma opção que pode ser mostrar adequada seria delegar o processo de triagem às próprias polícias civis, a partir do termo circunstanciado⁴⁷⁰.

Das comunicações morais da justiça restaurativa

Outro ponto que demanda reflexão na discussão das práticas restaurativas é: o que a justiça restaurativa pretende comunicar aos envolvidos em termos morais? As modificações realizadas na forma de argumentar na mediação penal, por meio de inserção de elementos temáticos que orientam a discussão, como responsabilização, reparação e compromissos futuros, denotam uma diferença de tratamento dada a conflitos cíveis e penais.

O fundamento para diferenciação, embora não explicitado, derivaria da clássica e também problemática distinção entre ilícito cível e penal. A crença dominante é que conflitos penais afetam de forma incisiva alguns aspectos mais importantes da vida das pessoas e, por isso, mereceriam sanções mais graves (de caráter penal), que são formas de reparação diferentes das sanções cíveis, em regra de caráter patrimonial⁴⁷¹.

Três dos objetivos por detrás dessa modificação foram: a) diferenciar o tipo de tratamento que deve ser dado ao conflito; b) limitar o tipo de acordo que pode ser realizado; c) de comunicar comunitariamente a necessidade de respeito às regras que proíbem ou vedam comportamentos que prejudicam os outros.

Em primeiro lugar, a mediação pretende dissociar tratamento dos conflitos penais como um tipo de disputa privada, que ignora os aspectos comunitários e sociais expressados pela lei penal. O conflito penal, nesse caso, não resumiria uma negociação entre partes privadas, mas como uma composição que precisa ser percebida também como um tipo de censura pública que objetiva encaminhar o ofensor a encarar e reconhecer o erro que cometeu e a associar a ideia de reparação

⁴⁷⁰ Não apenas o processo de triagem, mas a própria mediação ou conciliação poderia ser realizada pelas polícias judiciárias. Já há iniciativas nesse sentido, com bastante êxito, por exemplo, em São Paulo e no Rio Grande Sul.

⁴⁷¹ De um modo geral, nada impediria que questões de natureza cível, como a quebra de um contrato de transporte, por exemplo, pudessem ser tratadas a partir das mesmas categorias ou elementos discursivos de questões penais. Tanto os ilícitos cíveis como criminais pressupõe responsabilidade (dever/obrigação) e sanção (reparação). Da mesma forma conflitos cíveis poderiam suscitar compromissos futuros de se cumprir promessas (respeitar contratos, p.ex.). O procedimento restaurativo reforça, em alguma medida, essa forma artificial de classificação dos fatos. Sobre o crime como uma construção artificial, ver Barbosa (2014).

a esse reconhecimento. Não é à toa que algumas concepções de justiça restaurativa consideram a obrigação de reparar o dano como uma espécie de punição.

A solução para o problema, nesse caso, não poderia depender de uma justa e igualitária alocação de bens, ou seja, uma divisão proporcional, eficiente e sem ressentimento de um bem⁴⁷². Distribuições equitativas demandam uma ponderação eficiente das contribuições e prejuízos que cada um cometeu/sofreu, a partir de ações voluntárias praticadas.

Em segundo lugar, aspectos de justiça não poderiam ser abandonados institucionalmente mesmo que em nome da paz social ou comunitária. Assim, se é verdade que um eventual acordo em questões conflitivas demandaria algum tipo de reparação associada ao reconhecimento da falta, há conteúdos inegociáveis na mediação⁴⁷³. Entre eles o compromisso de não mais ofender a vítima ou de causar o mal. Um marido, por exemplo, não pode negociar durante a sessão de mediação que pode continuar agredindo sua esposa nos finais de semana.

Em terceiro lugar, espera-se que um acordo em torno do conflito possa prevenir novos conflitos, seja entre as próprias partes, seja em relação a terceiros. Como mencionei durante o trabalho, a universalização da solução é limitada. Por isso, a projeção de efeitos dissuasórios teria, a meu ver, pouca efetividade para além da comunidade próxima.

Por fim, ressalta-se que o propósito desse trabalho não é dizer o que tem que ser feito, mas apenas suscitar uma crescente autorreflexão dentro das estruturas de justiça, a fim de que possam ser identificadas e isoladas condições de cooperação bem-sucedidas de experiências de cooperação infrutíferas ou contingentes. Com isso, talvez seja possível desvinculá-las de seus contextos próprios e reconstruí-las ou reproduzi-las em outros contextos reflexivamente.

⁴⁷² Ver, Brams (2005).

⁴⁷³ Sobre a importância da comunicação no sistema de justiça criminal, ver Duff (2003).

REFERÊNCIAS

- AARNIO, Aulis. **Lo racional como razonable: un tratado sobre la argumentación jurídica**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- ABEL, Richard L. Introducion. In **The politics of informal justice: comparative studies**. Vol. 2 Edited by ABEL, Richard L. New York: Academic Press, 1982.
- ACORN, Annalise E. **Compulsory compassion: a critique of restorative justice**. Vancouver: UBC Press, 2004.
- ADAMS, J. S. Inequity in social exchange. In L. Berkowitz (Ed.), **Advances in experimental social psychology**, Vol. 2. New York: Academic Press, 1965, pp. 267-299.
- ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2002.
- _____. Retórica como metódica para estudo do direito. **Revista Sequência**. N. 56. Jun. 2008, p. 55-82.
- ADORNO, Sergio. Gerenciamento público da violência urbana: a justiça em ação. In: PINHEIRO, Paulo Sérgio *et al.* **São Paulo sem medo: um diagnóstico da violência urbana**. Rio de Janeiro: Garamond, 1998.
- ALEXY, Robert. The reasonableness of law. In: **Reasonableness and Law**. BONGIOVANNI, G; SARTOR, C. Valentini (orgs.) Dordrecht: Law and Philosophy Library, 2009.
- _____. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 3ª. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- _____. **Teoria discursiva do direito**. Trad. Alexandre Travessoni Gomes Trivisnono. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.
- ALMEIDA, Fabio Portela Lopes de. **A teoria dos jogos: uma fundamentação teórica dos métodos de resolução de disputa**. Disponível em <http://www.arcos.org.br/livros/estudos-de-arbitragem-mediacao-e-negociacao-vol2/terceira-parte-artigo-dos-pesquisadores/a-teoria-dos-jogos-uma-fundamentacao-teorica-dos-metodos-de-resolucao-de-disputa>. Acessado em 01/07/2015.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle**. 2ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- ANDRADE, Manuel da Costa. **A vítima e o problema criminal**. Coimbra: se, 1980.
- _____. **Consentimento e acordo em direito penal**. Coimbra: Editora Coimbra, 1991.

ATIENZA, Manuel. **Las razones del derecho: teorías de la argumentación jurídica**. UNAM: México, 2005.

_____. **El derecho como argumentación**. Barcelona: Ariel, 2010.

AUERBACH, Jerold S. **Justice without law? Resolving disputes without lawyers**. New York: Oxford University Press, 1984.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringuelli de Azevedo. Juizados especiais criminais: uma abordagem sociológica sobre a informalização da justiça penal no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**. V. 10, n. 47, out/2001.

_____. O paradigma emergente em seu labirinto: notas para o aperfeiçoamento dos juizados especiais criminais. In WUNDERLICH, Alexandre; CARVALHO, Salo de. **Novos Diálogos sobre o Juizados Especiais Criminais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 109-139.

_____. A força do direito e a violência das formas jurídicas. **Revista de Sociologia e Política**, vol. 19, n. 40, 2011.

BACILA, Carlos Roberto. **Estigmas: um estudo sobre os preconceitos**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: RT, 2003.

BANKOWSKI, Zenon. The value of truth: fact scepticism revisited. 1 **Legal Studies**, 257, 1981.

_____. A oralidade processual e a construção da verdade jurídica. **Revista da SJRJ**. Rio de Janeiro, n. 23, 2008, p. 131-160.

BAPTISTA, Barbara Gomes Lupetti. “A minha verdade é minha justiça” – dilemas e paradoxos sobre o princípio da imparcialidade judicial. **Cadernos de Campo**, n. 22, São Paulo, 2013, p. 301-314.

BARALDI, Tereza Cristina Albieri; FRAZÃO, Wilson Carlos. Práticas alternativas de solução de conflitos: a experiência do NECRIM de Marília/SP. In BLAZECK, Luís Maurício de Souza; MARZAGÃO JR., Laerte I. **Mediação: medidas alternativas para resolução de conflitos criminais**. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 257-273.

BARBOSA, Emerson Silva. **Inquisitorialidade e seletividade das práticas policiais de administração de conflitos**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito. Brasília: Universidade de Brasília, 2014.

_____. Alguns problemas da verdade no processo penal. **Corpus Delicti - Revista de Direito de Polícia Judiciária**, v. 2, n. 3, 2018, p.75-111.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 2ª. ed. Rio de Janeiro: RevaLn, 1999.

_____. **Criminología y sistema penal**. Editorial Bdef: Buenos Aires, 2006.

BARNETT, Randy E. Some problems with contracts as promise. **Cornell L. Rev.**, n. 77, 1992, p. 1022-1033.

BARROS FILHO, Mario Leite de. O delegado de polícia como pacificador social. In BLAZECK, Luís Maurício de Souza; MARZAGÃO JR., Laerte I. **Mediação: medidas alternativas para resolução de conflitos criminais**. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade e holocausto**. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

_____. **Medo líquido**. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret, 2003.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. O rendimento da teoria do bem jurídico no direito penal atual. **Revista Liberdades**, nº 1, maio/agosto-2009.

BECKER, Lawrence C. **Reciprocity**. Chicago: The University Chicago Press, 1990.

BECKER, Howard S. **Outsiders: estudos de sociologia do desvio**. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editores, 2008.

BERGER, G., M. C. Kern; THOMPSON, L. 2003. **The enlightened negotiator: What is the best type of interaction?** Acessado em 23/08/2017. Disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/delivery.cfm/SSRN_ID400780_code030526500.pdf?abstracted=400780.

BERISTAIN, Antonio. **Nova criminología à luz do direito penal e da vitimologia**. Trad. Cândido Furtado Maia Neto. Brasília: Editora Unb, 2000.

_____. **Evolucionamos hacia las antípodas del derecho penal y la criminología? Evolucionamos hacia la justicia victimal?** Lectio doctoralis en la Universidad Lomas de Zamora, Buenos Aires, 2005.

BEVILAQUA, Ciméa. **Notas sobre a forma e a razão dos conflitos no mercado de consumo**. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/se/v16n1-2/v16n1-2a13.pdf>. Acessado em 01/08/2015.

BIANCHI, Herman. **Justice as sanctuary: toward a new of crime control**. Indiana University Press, 1994.

BIES, Robert J.; MOAG, J. S. Interactional justice: communication criteria of fairness. In LEWICKI, R. J et al. (eds). **Research on negotiation in organizations**. Greenwich: JAI Press, 1986, p. 43-55.

_____. **Interactional (in) justice: the sacred and the profane**. Disponível em [http://web.mit.edu/curhan/www/docs/Articles/15341_Readings/Justice/Interactional\(In\)JusticeTheSacredAndTheProfane_Bies.pdf](http://web.mit.edu/curhan/www/docs/Articles/15341_Readings/Justice/Interactional(In)JusticeTheSacredAndTheProfane_Bies.pdf). Acessado em 17/09/2018.

BLAZECK, Luís Maurício de Souza; MARZAGÃO JR., Laerte I. **Mediação: medidas alternativas para resolução de conflitos criminais**. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

BLEICHER, Josef. **Hermenêutica contemporânea**. Lisboa: Edições 70, s/d.

BOHANNAN, Paul. **Justice and Judgment Among the Tiv**. London: Oxford University Press, 1968.

BOTTOMS, Anthony. Some sociological reflections on restorative justice. IN: VON HIRSCH, Andrew et al. eds. **Restorative justice and criminal justice: competing or reconcilable paradigms?** Oxford: Hart Publishing, 2003, pp.79-113.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. 16ª ed. Tradução Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012.

BRAITHWAITE, John. **Crime, shame and reintegration**. Cambridge University Press, 1989.

_____. A future where the punishment is marginalized: realistic or utopian? **UCLA Law Review**, n. 46, 1999.

_____.; ROCHE, Declan. Responsibility and restorative justice. In **Restorative community justice: repairing harm and transforming communities**, BAZEMORE, Gordon and SCHIFF, Mara (eds.), 2001, p. 63-84.

_____. **Restorative justice and responsive regulation**. New York: Oxford University, 2002.

_____. Principles of Restorative Justice. In VON HIRSCH, Andrew et al., eds., **Restorative Justice and Criminal Justice: Competing or Reconcilable Paradigms?** Oxford and Portland, Orgeon: Hart Publishing, 2003, p.1-20.

_____. Accountability and responsibility through restorative justice. In Michael Dowdle (ed). **Rethinking Public Accountability**. Cambridge: University Press, 2006.

BRAMS, Steven J. Fair division. In WEINGAST, Barry R. and WITTMAN, Donald (eds.). **Oxford Handbook of Political Economy**. New York: Oxford University Press, 2005.

BRASIL. Manual de Mediação. Org. André Gomma de Azevedo. 4ª edição. Brasília: Ministério da Justiça, 2013.

_____. _____. 6ª edição. Brasília: Ministério da Justiça, 2016.

BUCHANAN, Allen; MATHIEU, Deborah. Philosophy and justice. In COHEN, Ronald L. **Justice: views from the social Science**. New York and London: Plenum Press, 1986.

BUSH, Robert A. Baruch; FOLGER, Joseph. **The promise of mediation: the transformative approach to conflict**. San Francisco: Jossey-Bass, 2005.

CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. A presença do autor e a pós-modernidade em Antropologia. **Novos Estudos**, n. 21, julho de 1988, p. 133-157.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARDOSO DE OLIVEIRA, Luís Roberto. **Fairness and Communication in Small Claims Courts**, (Ph.D dissertation, Harvard University), Ann Arbor: University Microfilms International, 1989.

_____. Comparação e interpretação na antropologia jurídica. **Anuário Antropológico**, n.89, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1992, pp. 23-45.

_____. Da moralidade à eticidade via questões de legitimidade e equidade. **Série Antropologia**. Brasília, 1995.

_____. Justiça, solidariedade e reciprocidade: Habermas e a Antropologia. **Série Antropologia**, 149. Brasília, 1993.

_____. Entre o justo e o solidário. Os dilemas dos direitos de cidadania no Brasil e nos EUA. **Revista Brasileira de Ciências Sociais (ANPOCS)**, vol. 31, ano 11, 1996, p. 67-81.

_____. Direitos republicanos, identidades coletivas e esfera pública no Brasil e no Quebec. **Série Antropologia**, 304, Brasília, 2001.

_____. Honra, dignidade e reciprocidade. In: MARTINS, P. H. & NUNES, B. F (orgs.) **A nova ordem social: perspectivas da solidariedade contemporânea**. Rio de Janeiro: Vozes, 2004.

_____. Direitos, insultos e cidadania: existe violência sem agressão moral? **Série Antropologia**, 371, 2005.

_____. O ofício do antropólogo, ou como desvendar evidências simbólicas. **Série Antropologia**. Brasília: UnB, 2007.

_____. Existe violência sem agressão moral? **Revista Brasileira de Ciências Sociais – RBCS** 23 (67), 2008, p. 135-146.

_____. A dimensão simbólica dos direitos e a análise dos conflitos. **Revista de Antropologia**, v. 53, n. 2, São Paulo, USP, 2010.

_____. Concepções de igualdade e (des)igualdades no Brasil (uma proposta de pesquisa. KANT DE LIMA, Roberto et al. In: **Conflitos, direitos e moralidades em perspectiva comparada**. Vol. 1. Rio de Janeiro: Garamond, 2010b.

_____. **Direito legal e insulto moral: dilemas da cidadania no Brasil, Quebec e Eua**. Rio de Janeiro: Garamond, 2011.

_____. Equality, dignity and fairness: Brazilian citizenship in comparative perspective. **Critique of Antropology** (33) 131, 2013a.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

CARVALHO, Salo. Considerações sobre as incongruências da Justiça Penal Consensual: retórica garantista, prática abolicionista. CARVALHO, Salo & WUNDERLICH, Alexandre. **Diálogos sobre a justiça dialogal**. RJ: Lumen Juris, 2002, pp. 129-160

_____. Cinco teses para entender a desjudicialização material do processo penal. In WUNDERLICH, Alexandre; CARVALHO, Salo de. **Novos Diálogos sobre o Juizados Especiais Criminais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 89-106.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. V. 1. 8ª ed. Trad. Roneide Venancio Majer. São Paulo: Paz na Terra, 2000.

CASTRO, Marcus Faro de. **Formas jurídicas e mudança social: interações entre o direito, a filosofia, a política e a economia**. São Paulo: Saraiva, 2012.

CERVINI, Raul. **Os processos de descriminalização**. 2ª ed. Revista da tradução. São Paulo: RT, 2002.

CHASE, Oscar G. **Direito, cultura e ritual: sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada**. Trad. Sérgio Arenhart e Gustavo Osna. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

CHIES, Luiz Antônio Bogo. É Possível se Ter o Abolicionismo como Meta, Admitindo-se o Garantismo como Estratégia? In: CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre (orgs.). **Diálogos sobre a justiça dialogal: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 161-219.

CHRISTIE, Nils. Conflict as property. **The British Journal of Criminology** (17), n. 1, jan., 1977, p.1-15.

_____. Restorative justice: answers to deficits in modernity. In DOWNES, David et al. **Crime, social control and human rights**. Portland: Willian Publishing, 2007, 368-378.

COHEN, Stanley. **Folk Devils and Moral Panics: The Creation of the Mods and the Rockers**. Oxford: Basil Blackwell, 1985.

COHEN, Gerald. **Si eres igualitarista, como es que eres tan rico?** Barcelona: Paidós, 2001.

COLQUITT, Jason A. Organizational justice. In KOZLOWSKI, S. W. J. (Eds). **The Oxford Handbook of Organizational Psychology**, vol. 1. New York: Oxford University Press, 2012, p. 526-547.

COSTA, Alexandre Araujo. Cartografia dos métodos de composição de conflitos. In AZEVEDO, André Gomma de (org.). **Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação**. 1 ed. Brasília: Editora Grupos de Pesquisa, 2003, v. 3, p. 161-201.

CROPANZANO, Russell et al. The management of organizational justice. **Academic of Management Perspectives**, nov. 2007.

CRUZ SANTOS, Cláudia. **A Justiça restaurativa – um modelo de reacção ao crime diferente da justiça penal. Porquê, para quê e como?** 1ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

DAI, Liangtie; XIE, Haixin. Review and prospect on interactional justice. **Open Journal of Social Sciences**, n.4, 2016, p. 55-61.

DALY, Kathleen. Revisiting the relationship between retributive and restorative justice. In STRANG, H.; BRAITHWAITE, J. **Restorative justice: from philosophy to practice**. Aldershot: Dartmouth, 2000.

_____. Restorative justice: the real story. **Punishment & Society**, 4 (1), 2002, pp.55-79.

_____. Mind the gap: restorative justice in theory and practice. IN: VON HIRSCH, Andrew et al. eds. **Restorative justice and criminal justice: competing or reconcilable paradigms?** Oxford: Hart Publishing, 2003, pp.219-36.

_____. The limits of restorative justice. SULLIVAN, Dennis; TIFFT, Larry (eds.) **Handbook of restorative justice: A global perspective**. New York: Routledge, 2006.

_____. What is Restorative Justice? Fresh Answers to a Vexed Question. **Victims & Offenders**, 11:1, 2016, p. 9-29.

DAMASKA, Mirjan R. **The faces of justice and state authority: A comparative approach to the legal process**. New Haven and London: Yale University Press, 1986.

_____. **Aspectos globales de la reforma del proceso penal**. Extraído de http://www.congresoson.gob.mx/docs_biblio/docBiblio_31.pdf. Acessado em 10 de janeiro de 2014.

DARLEY, John et al. Enacting justice: the interplay of individual and institucional perspectives. **The Sage Handbook of Social Psychology**. HOGG, Michael; COOPER, Joel (eds.). Sage, 2003, pp. 458-476.

DASGUPTA, Partha. Trust as a Commodity. In GAMBETTA, Diego (ed.). **Trust: making an breaking cooperative relations**. Oxford, Basil Blackwell, 1988.

DAVIS, Gwynn et al. **Making amends: mediation and reparation in criminal justice**. London: Routledge, 1992.

DAVIS, Kenneth Culp. **Discretionary justice: a preliminary inquiry**. University of Illinois Press, 1971.

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

DEL PERCIO, Enrique. **Política o destino: cuestiones estratégicas tiempos de crisis**. Buenos Aires: Sudamericana, 2009.

DEUTSCH, Morton. **The resolution of conflict: constructive and destructive processes**. New Haven and London: Yale University, 1973.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: RT, 1999.

_____. **Direito penal. Parte geral. Tomo I. Questões fundamentais: a doutrina geral do crime**. 2ª ed. São Paulo: RT; Portugal: Coimbra Editora, 2007.

DIMOLIUS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: RT, 2007.

DUARTE, Hugo Garcez; BARBOSA, Jadson de Oliveira. Uma análise sobre os conceitos de neutralidade e imparcialidade do juiz. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVI, n. 115, ago 2013. Disponível em:

<http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13524>. Acesso em jan 2019.

DUFF, R. A. **Punishment, communication and community**. New York: Oxford University Press, 2003.

DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. 2ª ed. Tradução Jefferson Luiz Camargo. Rev. Técnica de Gildo Sá Leitão Rios. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **Levando os direitos a sério**. 3ª ed. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

EGLASH, Albert. Creative restitution: a broader meaning for an old term. **Journal of Criminal Law and Criminology**, vol. 48, n. 6, 1958.

ESER, Albin. The principle of harm in concept of crime: a comparative analysis of the criminally protected legal interests. **Duquesne University Law Review**, 4, 1966, p. 345-417.

_____. Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal: tendencias nacionales e internacionales. In **De los delitos y de las víctimas**. ESER, Albin *et al.* Buenos Aires: Ad-hoc, 1992.

_____. Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima. Trad. Manuel Cancio Meliá. **Cuadernos de Conferencias y artículos**, nº 18. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.

EXLINE, Julie Juola et al. Forgiveness and justice: a research agenda for social and personality psychology. **Personality and Social Psychology Review**, 7, 2003, p. 337-348.

FASSIN, Didier. Resentment, resentment: the politics and ethics moral emotions. **Current Anthropology**, vol. 54, n. 3, 2013, p. 249-267.

FEINBERG, Joel. Noncomparative justice. **Philosophical Review**, 83 (3), 1974, p. 297-33.

FELDEN, Luciano. O dever estatal de investigar: imposição decorrente dos direitos humanos e fundamentais como imperativos de tutela. In: CUNHA, Rogerio Sanches *et al.* **Limites constitucionais da investigação**. São Paulo: RT, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Trad. Ana Paula Zomer *et al.* São Paulo: RT, 2002.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FERRER BELTRAN, Jordi. **La valoración racional de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2007.

FISHER, Roger; URY, Willian; PATTON, Bruce. **Como chegar ao sim: como negociar acordos sem fazer concessões**. 3ª ed. Trad. Ricardos Vasques Vieira. Rio de Janeiro: Solomon, 2014.

FISS, Owen. Against Settlements, 11 **Litig.** 3, 63, 1984.

_____. **El derecho como razón pública**. Trad. Esteban Restrepo Saldarriaga. Madrid: Marcial Pons, 2007.

FLORY, Thomas. **El juez de paz y el jurado en el Brasil imperial**. México: Fondo de Cultura Económica, 1986.

FOLGER, Robert A.; CROPANZANO, Russell. **Organizational justice and human resource management**. Beverly Hills, CA: Sage, 1998.

FORESTER, John. Teoria crítica e análise organizacional. **Plural (Sociologia USP)**. São Paulo, 1. Sem. 2014, p. 131-148.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: história da violência nas prisões**. 36ª ed. Petrópolis: Vozes, 2009a.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade y método II**. Tradução: Manuel Olasagasti. Salamanca: Ediciones Sigueme, 1998.

GARAPON, Antoine. **Bem julgar: ensaio sobre o ritual judiciário**. Tradução Pedro Filipe Henriques. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

_____. *et al.* A justiça reconstrutiva. In: GARAPON, Antonie; GROS, Frédéric; PECH, Thierry. **Punir em Democracia: e a justiça será**. Tradução Jorge Pinheiro, Lisboa: Instituto Piaget, 2001.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio. **Teorías de la tónica jurídica**. Lima: Palestra Editores, 2018.

GASCON ABELLAN, Marina. **Los hechos en el derecho: bases argumentales de la prueba**. 3ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2010.

GEERTZ, Clifford. **The interpretation of culture**. New York: Basic Books, 1973.

_____. **Local knowledge**. New York: Basic Books, 1983.

GILLIGAN, Carol. **In different voice**. Cambridge: Harvard University Press, 1993.

GINTS, Hebert et al. **Moral sentiments and material interests: the foundations of cooperation in economic life**. Cambridge: The MIT Press, 2005.

GLUCKMAN, Max. **The judicial process among the barotse of Northern Rhodesia (Zambia)**. 2ª edição. Manchester: Manchester University Press, 1967.

GOFFMAN, Erving. **Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada**. 4ª ed. Trad. Marcia Bandeira de Mello Leite Nunes, Rio de Janeiro: LTC, 2012.

GOLDSTEIN, Herman. **Policiando uma sociedade livre**. Trad. Marcelo Rollemberg. São Paulo: EDUSP, 2003, Coleção Polícia e sociedade, n. 9.

GOMES, Luiz Flávio. Juizados criminais: esplendor ou ocaso. **Boletim IBCCRIM**. Ano 8 - Nº 89 - Abril/2000.

_____. NECRIM: polícia conciliadora de primeiro mundo. In BLAZECK, Luís Maurício de Souza; MARZAGÃO JR., Laerte I. **Mediação: medidas alternativas para resolução de conflitos criminais**. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 143-150.

GOMES DE OLIVEIRA, Carlos. **Saber calar, saber conduzir a oração: a administração dos conflitos de gênero em juizado especial do DF**. Dissertação (Mestrado em Antropologia). Universidade de Brasília, Brasília, 2005.

GREENBERG, Jerald. Determinants of perception fairness of performance evaluations. **Journal of Applied Psychology**, vol. 71, n. 2, 1986, p. 340-342.

_____. A taxonomy of organizational justice theory. **Academy of Management Review**. Vol. 12, No. 1, 1987, p. 9-22.

_____. Organizational justice: Yesterday, today, and tomorrow. **Journal of Management**, 16, 1990, p. 399-432.

_____. The social side of fairness: interpersonal and informational classes of organizational justice. In CROPANZANO, R. (Ed.), **Justice in the workplace: approaching fairness in human resource management**, Hillsdale, NJ: Lawrence Erlbaum Associates, 1993; p. 79-103.

GRILLO, Trina. The mediation alternative: process dangers for women. **100 Yale Law Journal**, 1545-1619, 1991.

GRINOVER, Ada Pelegrini et al. **Juizados Especiais Criminais: comentários à Lei. N. 9.099, de 26/09/1995**. 5ª ed. São Paulo: RT, 2005.

GUNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação**. Trad. Claudio Molz. São Paulo: Landy Editora, 2004.

GUSMAN, Nicolás. **La verdad en el proceso penal: Una contribución a la epistemología jurídica**. 2ª ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2011.

HABERMAS, Jurgen. On systematically distorted communication. **Inquiry** (13) (1-4) 205-218, 1970.

_____. **Moral consciusness and communicative action**. Traslated by Christian Lenhardt and Shierry Weber NicholSEN. Cambridge: Polity Press, 1992.

_____. **Verdade e justificação: Ensaio filosóficos**. Trad. Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004.

_____. **Direito e democracia: entre faticidade e validade**. Vol. 1. 2ª. Ed. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2010.

_____. **Teoria do agir comunicativo: racionalidade da ação e racionalização social**. Vol. 1. Trad. Paulo Astor Soethe. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

_____. **A ética da discussão e a questão da verdade**. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

_____. A pretensão da hermenêutica à universalidade. In BLEICHER, Josef. **Hermenêutica contemporânea**. Lisboa: Edições 70, s/d.

HAGAN; John; HEWITT, John D.; ALWIN, Duane F. Cerimonial justice: crime and punishment in a loosely coupled system. **Social Forces**, v. 58, n.2, 1979.

HART, Hebert. **O conceito de direito**. Tradução Antônio de Oliveira Sete-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

HASSEMER, Winfried. **Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos**. In Pena y Estado (AAVV). Santiago: Editorial Jurídica Conosur, 1995.

_____. Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal? En: HEFENDEHL, Roland org. **La teoría de bien jurídico: fundamentación del derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?** Madrid: Marcial Pons, 2007.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Linhas fundamentais da filosofia do direito, ou, Direito natural e ciência do estado em compêndio**. Tradução Paulo Meneses et al. - São Leopoldo, RS: Ed. UNISINOS, 2010.

HESPANHA, António Manuel. **Justiça e litigiosidade: história e prospectiva**, Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993.

_____. Categorias. Uma reflexão sobre a prática de classificar. **Revista Análise Social**. Vol. XXXVIII, 2003, p.823-840.

HIRSCH, Hans Joachim. La reparación del daño em el marco del derecho penal material. In: ESER, Albin *et al.* **De los delitos y de las víctimas**. Buenos Aires: Ad-hoc, 1992.

HOFFE, Otfried. **O que é a justiça?** Tradução de Peter Naumann. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003. Coleção Filosofia nº 155.

HOFFMAN, Martin L. **Empathy and moral devolopment: implications for caring and justice**. New York: Cambrigde University Press, 2000.

HOLSTON, J. **Insurgent citizenship, disjunctions of democracy and modernity in Brazil**. Princeton and Oxford, Princeton University Press, 2008.

HONNETH, Axel. **Sufrimento de indeterminação: uma reatualização da filosofia do direito de Hegel**. Trad. Rurion Soares Melo. São Paulo: Esfera Pública, 2007.

_____. **O direito da liberdade**. Trad. Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

HOOGE, Ilona E. de et al. Moral sentiments and cooperation: differential influences of shame and guilt. **Cognition and Emotion**, 21 (5), 2007, P. 1025-1042.

HULSMAN, Louk. La criminología crítica y el concepto de delito. In STEINERT, Heinz et al. **Abolicionismo penal**. Buenos Aires: Ediar, 1989.

_____; Jacqueline Bernat de Celis. **Penas perdidas: o sistema penal em questão**. Trad. Maria Lucia Karam. Niterói: Luam Editores, 1993.

JAKOBS, Gunther. **Tratado de direito penal: teoria do injusto penal e da culpabilidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

JACCOUD, Mylène. Princípios, Tendências e Procedimentos que cercam a Justiça Restaurativa. In: SLAKMON, C. R. DE VITTO, R. GOMES PINTO (org.). **Justiça Restaurativa**. Brasília: Ministério da Justiça e PNUD, 2005.

JOHNSTONE, Gerry; VAN NESS, Daniel W. (eds). **Handbook of restorative justice**. New York: Routledge, 2007.

KAHLO, Michael. Sobre la relación entre el concepto de bien jurídico y la imputación objetiva en derecho penal. En HEFENDEHL, Roland org. **La teoría de bien jurídico: ¿fundamentación del derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?** Madrid: Marcial Pons, 2007.

KANT DE LIMA, Roberto. **A polícia da cidade do Rio de Janeiro: seus dilemas e paradoxos**. 2ª ed. Trad. de Otto Miller. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

_____. **Da inquirição ao júri, do trial by jury à plea bargaining: modelos para a produção da verdade e a negociação da culpa em uma perspectiva comparada Brasil/Estados Unidos**. Tese ao Concurso de Professor Titular em Antropologia do Departamento de Antropologia da Universidade Federal Fluminense. Niterói: UFF, 1995b.

_____. Carnavais, malandros e heróis: o dilema brasileiro do espaço público. In GOMES, Laura Graziela; BARBOSA, Livia; DRUMMOND, José Augusto (Org.). **O Brasil não é para principiantes: carnavais, malandros e heróis, 20 anos depois.** Rio de Janeiro: FGV, 2000, p. 105-123.

_____. AMORIM, Maria Stella; BURGOS, Marcelo Baumann. A administração da violência cotidiana no Brasil: a experiência dos Juizados Especiais Criminais. In M. S. Amorim, R. Kant de Lima & M. Burgos (orgs.). **Juizados Especiais Criminais, sistema judicial e sociedade no Brasil.** Niterói: Intertexto, 2003, pp. 19-52.

_____. **Ensaio de antropologia e de direito: acesso à justiça e processos institucionais de administração de conflitos e produção da verdade jurídica em uma perspectiva comparada.** Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

_____. Sensibilidades jurídicas, saber e poder: bases culturais de alguns aspectos do direito brasileiro em perspectiva comparada. **Anuário Antropológico**, 2010, p. 25-51.

_____; MOUZINHO, Gláucia Maria Pontes. A produção e reprodução da tradição inquisitorial: entre delações e confissões premiadas. **DILEMAS: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social**, Vol.9, n. 3, SET-DEZ 2016, pp. 505-529.

KARAM, Maria Lúcia. **Juizados especiais criminais: a concretização antecipada do poder de punir.** São Paulo: RT, 2004.

_____. Para conter e superar a expansão do poder punitivo. **Revista Veredas do Direito**. V. 3, n. 5, Belo Horizonte, jan/jun 2006, p. 95-113.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** Trad. João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

KLOCKARS, Carl. B. **The idea of police.** London: Sage Publications, 1985. Law and criminal justice series. Vol. 3.

KORSGAARD, Christine M. 1985. Kant's formula of universal law. **Pacific Philosophical Quarterly** 66, nº. 1-2, p. 24-47. LAGIER, Daniel González. Hechos y argumentos: racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal. **Jueces para la democracia**, n. 43, 2003, p. 17-26.

_____. **Hechos y conceptos.** Extraído de <http://www.uv.es/cefd/15/lagier.pdf>. Acessado em 10 de janeiro de 2014.

_____. **Sobre la atribución de intenciones.** Extraído de http://www.upf.edu/filosofiadeldret/pdf/lagier_atribucion_intenciones.pdf. Acessado em abril de 2014.

LANGER, Máximo. **La dicotomía acusatorio-inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona: algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado.** En: CAMPOS, Luís Bunge *et al.* **Las garantías penales y procesales: enfoque histórico-comparado.** Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004.

_____. **The long shadow of the adversarial and inquisitorial categories.** Handbook on Criminal Law. Oxford University Press, 2014.

LARRAURI, Elena. **La herencia de la criminología crítica.** 2ª ed. Madri: Siglo Veintiuno Editores, 2000.

LAUDAN, Larry. Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar. **Doxa: Cuadernos de Filosofía de Derecho**, 28, 2005, p. 95-113.

_____. **El estándar de prueba y las garantías en el proceso penal.** Presentación y aporte Edgar R. Aguilera García. Buenos Aires: Hammurabi, 2011.

LEMOS, Carolina Barreto. **Puxando pena: sentidos nativos da pena de prisão em cadeias do Distrito Federal. 2017.** Tese (Doutorado em Direito) — Universidade de Brasília: Brasília, 2017.

LERNER, Melvin J. The justice motive: where social psychologists found it, how they lost it, and why they may not find it again. **Personality and Social Psychology Review**, vol. 7, n. 4, 2003, p. 388-399.

LEVENTHAL, Gerald S. What should be done with equity theory? To approaches to the study the fairness in social relationships. In GERGEN, K. J. et al. **Social Exchange Theory.** Washington: John Wiley, 1977.

LIMA, Michel Lobo Toledo. **Sentenciando acordos: a administração de conflitos em um juizado especial criminal na Baixada Fluminense.** Trabalho apresentado no IX Encontro da ABCP. Brasília, 4 a 7 de agosto de 2004.

LIND, E. Allan et al. Voice, control, and procedural justice: instrumental and noninstrumental concerns in fairness judgments. **Journal of Personality and Social Psychology.** Vol. 59, n. 5, 1990, p. 952-959.

_____. et al. Individual and corporative dispute resolution: using procedural fairness as a decision heuristic. **Administrative Science Quartely**, n. 38, 1993, p. 224-251.

_____. Tyler, Tom R. **The social psychology of procedural justice.** New York: Plenum Press, 1988.

LISTER, Andrew. **Justice and reciprocity.** Disponível em <https://www.cpsa-acsp.ca/papers-2010/Lister.pdf>. Acessado em 10 de maio de 2018.

LLEWELYN, Karl N.; HOEBEL, E. Adamson. **The cheyenne way: conflict and case law in primitive jurisprudence.** Norman: University Oklahoma Press, 1941.

LOPES JUNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional.** 5ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.

LUBAN, David. Bargaining and Compromise: Recent Work on Negotiation and Informal Justice. **Philosophy & Public Affairs**, Vol. 14, N. 4, 1985), pp. 397-416.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento.** Tradução Maria Conceição Corte-Real. Brasília: Editora UnB, 1980.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e estado de direito**. Trad. Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MACKEY, Virginia. **Restorative justice: toward nonviolence**. Louisville, KY: Presbyterian Criminal Justice Program, 1992.

MAGALHÃES, Adriano Aparecido. **Os “guerrilheiros do liberalismo”: o juiz de paz e suas práticas no Termo de São João del-Rei, comarca do Rio das Mortes (1827-1842)**. Dissertação (Mestrado em História – Universidade Federal de São João del-Rei). São João del-Rei: UFSJ, 2011.

MALINOWSKI, Bronislaw. **Crime e costume na sociedade selvagem**. 2ª edição. Trad. Maria Clara Correa Dias. Brasília: Editora Universidade Brasília, 2008.

MARGALIT, Avishai. **On Compromise and Rotten Compromises**. Princeton, NJ: Princeton University Press, 2010.

MARSHALL, Tony F. **Restorative justice: an overview**. Disponível em http://www.antonioacasella.eu/restorative/Marshall_1999-b.pdf. Acessado em 20/04/2018.

MAUSS, Marcel. Ensaio sobre a dádiva: forma e razão da troca nas sociedades arcaicas. In: _____. **Sociologia e Antropologia**. v. II. São Paulo: Edusp, 1974.

McEWEN, Craig; MAIMAN, Richard J. Mediation in small claims court. **Law and Society Review**, n. 18, 1984, p. 11-49.

MECCARELLI, Massimo. **O penal e a determinação da justiça na Europa do ius commune**. Trad. Diego Nunes. Anais Encontros de História do Direito da UFSC, Florianópolis: Boiteux, 2010.

MENDES, Regina Lúcia Teixeira. Igualdade à brasileira: cidadania como instituto jurídico no Brasil. In: AMORIN, Maria Stella; LIMA, Roberto Kant de; TEIXEIRA MENDES, Regina. (Org.). **Ensaio sobre a Igualdade Jurídica: acesso à justiça criminal e aos direitos de cidadania no Brasil**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p.1-34

_____. **O princípio do livre convencimento motivado**. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Gama Filho: Rio de Janeiro, 2008.

MENKEL-MEADOW, Carrie. Pursuing settlement in an adversary culture: a tale of innovation co-opted or “The Law of ADR”. **Florida State University Law Review**, n. 19, 1991, p. 1-46.

_____. Aha? Is creativity possible in legal problem solving and teachable in legal education? **Harvard Negotiation Law Review**, n. 6: 97–144, 2001.

_____. Restorative justice: what is it and does it work? **Annual Rev. Law and Social Science**, n. 3, 2007, p. 161-187.

MEREU, Ítalo. **Historia de la intolerancia en Europa**. Barcelona: Paidós, 2003.

MEYER, John W.; ROWAN, Brian. Institutionalized organizations: formal structure as myth and ceremony. **American Journal of Sociology**, V. 83, n. 2, sep. 1977, p. 340-363.

MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao direito**. 2ªed. Lisboa: Imprensa Universitária, 1984.

MISSE, Michel. Sobre a acumulação social da violência no Rio de Janeiro. **Civitas**, Porto Alegre, vol. 8, n. 3, set/dez-2008, p. 371-385.

_____. **Sobre a construção social do crime no Brasil: esboços de uma interpretação**. Extraído de <http://www.necvu.ifcs.ufrj.br/images/8sobreconstruaosocialdocrime.pdf>. Acessado em 27/08/2013.

MOLINA, Antonio Garcia-Pablos de.; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 3ª ed. São Paulo: RT, 2000.

MOORE, Christopher W. **O processo de mediação: estratégias práticas para resolução de conflitos**. Trad. Márgda França Lopes. 2ª ed. Porto Alegre: Artmed, 1998.

MOORE, David B. Shame, forgiveness and juvenile justice. **Criminal Justice Ethics**, 12, p. 3-25.

MOORE, Sally Falk. **Law as process: an anthropological approach**. London/Boston: Routledge & Keegan Paul, 1978.

MORRIS, Alisson. Criticando os críticos: uma breve resposta aos críticos da justiça restaurativa. In SKALMON, C., R DE VITTO, R. GOMES PINTO (Org.) **Justiça restaurativa**. Brasília: Ministério da Justiça e PNUD, 2005

MUNIZ, Jacqueline de Oliveira; [PROENÇA JUNIOR, Domício](#). Muita politicagem, pouca política: os problemas da polícia são. **Estudos Avançados**, v. 21, 2007, p. 159-172.

_____. Discricionariedade policial e a aplicação seletiva da lei na democracia. **Revista Ultima Ratio**, ano 2, n. 2, 2008, p. 97-122.

NADER, Laura. **The life of the law: anthropological projects**. University California Press, 2002.

_____. Harmonia coercitiva. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, nº 26. Tradução: Cláudia Fleith. Extraído de http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_26/rbcs26_02.htm. Acesso em 25/07/2012.

NAGEL, Thomas. **Visão a partir de lugar nenhum**. Trad. Silvana Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 2ª ed., São Paulo: RT, 2007.

O'BARR, William M.; CONLEY, John M. Litigant satisfaction versus legal adequacy in small claim court narratives. 19 **Law & Society Review**, 661, 702, 1985.

O'DONNELL, Guilherme. Sobre o Estado, a democratização e alguns problemas conceituais: uma visão latinoamericana com uma rápida olhada em alguns países pós-comunistas. Trad. Otacílio Nunes. **Novos Estudos Cebrap**, n. 36, 1993, p. 123-145.

OLIVEIRA, Luciano. **Sua excelência o comissário e outros ensaios de sociologia jurídica**. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.

O'NEIL, Onora. **Towards justice and virtue: a construtive account of practical reasoning**. Cambridge: Cambridge University Press, 1996.

ORSINI, Adriana Goulart Sena; DA SILVA, Nathane Fernandes. **Resolução de Conflitos, Antropologia e Pluralismo Jurídico: Uma Experiência de Mediação Comunitária**. Disponível em http://as1.trt3.jus.br/bd-trt3/bitstream/handle/11103/2664/adriana_sena_resolucao_conflitos_antropologia.pdf?sequence=1. Acessado em 15/11/2017.

_____; Lara, Caio Augusto Souza. Dez anos de práticas restaurativas no Brasil: a afirmação da justiça restaurativa como política pública de resolução de conflitos e acesso à justiça. **Responsabilidades**, v. 2, n. 2, fev/2013, p. 305-324.

PARK, Robert E.; BURGESS, Ernest W. Competição, conflito, acomodação e assimilação. Trad. Mauro Guilherme Pinheiro Koury. **Revista Brasileira de Sociologia da Emoção**. Vol. 13, n. 38, 2014, p. 129-138.

PARSONS, Talcott. **The social system**. 2nd. Ed. London: Routledge, 1991.

PAVARINI, Massimo. **Control y dominación: teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico**. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2002.

PEDROSO, João. Percurso(s) da(s) reforma(s) da administração da justiça - uma nova relação entre o judicial e o não judicial, **Revista Sub Judge**, 19, 2002, p. 27-48.

PEIRANO, Mariza. **A favor da etnografia**. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1995.

PERELMAN, Chaim. **The ideia of justice and the problem of argument**. Trad. John Petrie. London: Routledge & Kegan Paul Limited, 1963.

_____. **El imperio retórico: retórica y argumentación**. Trad. Adolfo León Gómez Giraldo. Bogotá: Editorial Norma, 1997.

PETERSON-ARMOUR, M. & UMBREIT, Mark S. The paradox of forgiveness in restorative justice. In WORTHINGTON, E. (Ed.), **Handbook of Forgiveness**, 2005.

PIERANGELLI, José Henrique. **Processo penal: evolução histórica e fontes legislativas**. 2ª ed. São Paulo: IOB, 2004.

PIRES DOS SANTOS, Marcelo Fernandes. **Retórica, teoria da argumentação e pathos: o problema das emoções no discurso jurídico**. Dissertação de mestrado (Direito). Brasília: Universidade de Brasília, 2015, p. 151.

POPPER, Karl. **Conjecturas e refutações**. 5ª ed. Trad. Sérgio Bath. Brasília: Editora UnB, 2008.

PRADO, Geraldo. **Elementos para uma análise crítica da transação penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

_____. Transação penal: alguns aspectos controvertidos. In WUNDERLICH, Alexandre; CARVALHO, Salo de. **Novos Diálogos sobre o Juizados Especiais Criminais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 75-88.

POSNER, Richard A. **A problemática da teoria moral e jurídica**. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

PUNCH, Maurice. The secret social service. In HOLDAWAY, Simon (org). **The british police**. London: Edward Arnold, 1979.

QUEIJO, Maria Elizabeth. A atuação do delegado de polícia na resolução de conflitos e prevenção de delitos. In BLAZECK, Luís Maurício de Souza; MARZAGÃO JR., Laerte I. **Mediação: medidas alternativas para resolução de conflitos criminais**. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 189-203.

RAMIREZ, Juan Bustos. **Victimología: presente y futuro – hacía en sistema penal de alternativas**. Barcelona: PPU, 1993.

RAWLS, John. A kantian conception of equality. **Cambridge Review**. Fev. 1975, p. 94-99.

_____. Justiça como equidade: uma concepção política, não metafísica. **Revista Lua Nova**. N. 25, São Paulo, abril/1992.

_____. **Justice as fairness: a restatement**. Cambridge: Harvard University Press, 2001.

_____. **Uma teoria da justiça**. Trad. Almiro Pisetta e Lenita Maria Rimoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **Political liberalism**. Columbia: Columbia University Press, 2005.

REALE JUNIOR, Miguel. Simplificação processual e desprezo ao direito penal. **Ciências Penais**, vol. 9, 2008, p. 289-310.

AGUILÓ-REGLA, Josep. Cuatro modos de debatir. **Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho**, 36, 2013.

_____. **El arte de la mediación: argumentación, negociación y mediación**. Madrid: Trotta, 2015.

_____. Acordar, debatir y negociar. **Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho**, 41, 2018.

REISS JR., Albert J. **The police and the public**. New Haven and London: Yale University Press, 1974.

RIBEIRO, Cláudio Luiz Frazão. Juizados Especiais Criminais: da justiça à construção da solução do conflito: um estudo em homenagem ao professor doutor Luís Alberto Warat, nos cinco anos de seu falecimento e nos 20 anos de vigência da Lei nº 9.099/1995. **Revista Jurídica Cesumar**. V. 16, n. 1, jan/abril 2016, p. 25-48.

RICOEUR, Paul. **O justo1: a justiça como regra moral e como instituição**. Tradução: Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

_____. **O justo 2: justiça e verdade e outros estudos**. Tradução: Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

_____. **Hermenêutica e ideologias**. 2ª ed. Petrópolis: Vozes, 2011.

RIPOLLÉS, José Luis Diez. **El derecho penal simbólico y los efectos de la pena**. Seminario Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio del siglo. El análisis crítico de la escuela de Frankfurt. Toledo: abril de 2000.

_____. **La política criminal en la encrucijada**. Buenos Aires: Editorial B de F, 2007a. Colección Estudios y debates en Derecho Penal, nº 3.

RIPOLLÉS, José Luis Diez ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal? En: HEFENDEHL, Roland org. **La teoría de bien jurídico: ¿fundamentación del derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?** Madrid: Marcial Pons, 2007b.

_____. **El bien jurídico protegido en un derecho penal garantista**. Extraído de <http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/174728.pdf>. Acessado em 03/01/2013.

RISKIN, Leonard. Understanding mediator's orientations, strategies, and techniques: a grid for the perplexed. **Harvard Negotiation Law Review**, v. 1:7, 1996.

RODOGNO, Raffaele. Shame and guilt in restorative justice. **Psychology Public Policy and Law**, v. 14, n. 2, 2008, p. 142-176.

ROESLER, Claudia Rosane. **Theodor Viehweg e a ciência do direito: tópica, discurso, racionalidade**. 2ª ed. Belo Horizonte: Arraes, 2013.

ROSEN, Lawrence. **Law as culture: an invitation**. New Jersey: Princeton University Press, 1941.

ROXIN, Claus. La reparación en el sistema de los fines de la pena. En: ESER, Albin *et al.* **De los delitos y de las víctimas**. Buenos Aires: Ad-hoc, 1992.

_____. **Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito**. Trad. de la 2ª edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzon Peña *et al.* Madrid: Civitas, 1997.

_____. ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal? En: HEFENDEHL, Roland org. **La teoría de bien jurídico: ¿fundamentación del derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?** Madrid: Marcial Pons, 2007.

SABOURIN, Eric. Marcel Mauss: da dádiva à questão da reciprocidade. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, vol. 23, n. 66, fevereiro/2008.

SALES, Lilia Maia de Moraes. Mediação e segurança pública: a delegacia de polícia como instrumento de inovação na resolução de conflitos. In BLAZECK, Luís Maurício de Souza; MARZAGÃO JR., Laerte I. **Mediação: medidas alternativas para resolução de conflitos criminais**. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 119-142.

SANCHES, José Luiz. **A transação penal no juizado especial criminal como exercício da cidadania**. Dissertação (Mestrado em Direito). São Paulo: Universidade Mackenzie, 2006.

SANDEL, Michael J. **O liberalismo e os limites da justiça**. 2ª ed. Trad. Carlos E. Pacheco do Amaral. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa. O direito e a comunidade: as transformações recentes da natureza do poder do Estado nos países capitalistas avançados. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, nº 10, Dezembro, 1982.

_____. **O discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica**. Porto Alegre: Fabris, 1988.

_____.; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. **Os tribunais nas sociedades contemporâneas**. Coimbra: CES, 1995, n. 65.

_____. **Para uma revolução democrática da justiça**. 3ª ed. São Paulo: Cortez, 2011.

_____. **O direito dos oprimidos: sociologia crítica do direito**. São Paulo: Cortez, 2015.

SAPORI, Luis Flávio. **A administração da justiça criminal numa área metropolitana**. Extraído de http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_29/rbcs29_08.htm. Acessado em 24/01/2012.

SAWIN, Jennifer Larson; ZEHR, Howard. **The ideas of engagement and empowerment**. In: Handbook of Restorative Justice Routledge. Disponível em <https://www.routledgehandbooks.com/doi/10.4324/9781843926191.ch301>. Acessado em 20/08/2018.

SBRICCOLI, Mario. Justicia criminal. En: FIORAVANTI, Maurizio *et al.* **El Estado moderno en Europa: instituciones y derecho**. Madrid: Trotta, 2004.

SCHUR, Edwin M. **Deviant behavior and public policy**. New Jersey: Englewood Cliffs, 1965.

SCHWEIGERT, Francis J. Moral and philosophical foundations of restorative justice. In PERRY, J. (Ed.) **Restorative justice: repairing communities through restorative justice**. Lanham, MD: American Correctional Association, 2002, Ch.2, pp. 19-37.

SHAPÍRO, Debra L. The effects of explanations on negative reactions to deceit. **Administrative Science Quartely**, vol. 36, n. 4, 1991, p. 61-630.

SHARP, Christopher R. Theoretical and practical application of loose coupling: a study of criminal justice agencies in the State of Florida. **Southwest of Criminal Justice**, v. 6 (1), 2009, p. 45-58.

SHERMAN, W. Lawrence. Defiance, deterrence, and irrelevance: a theory of the criminal sanction. **Journal of Research in Crime and Delinquency**, 1993.

_____. Reason for emotion: Reinventing justice with theories, innovations, and research. **Criminology**, 41, 2003, p.1–38.

_____; STRANG Heather. Restorative justice as evidence-based sentencing. In: Petersilia J, Reitz K (eds). **The Oxford handbook of sentencing and corrections**. New York: Oxford University Press, 2012, p. 215–243

SINHORETTO, Jacqueline. **Ir aonde o povo está: etnografia de uma reforma da justiça**. Tese (Doutora em Sociologia). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

_____. Campo estatal de administração de conflitos: múltiplas intensidades da justiça. **Anuário Antropológico**, 2010, p. 109-123.

SOBOTA, Katharina. Don't mention the norm! **International Journal for the Semiotics of Law**. Vol. 10, 1991.

_____. The rethorical construction of law. **International Journal for the Semiotics of Law**. Vol. 13, 1992.

_____. Sismógrafo retórico: um novo método na Ciência do Direito. Trad. Isaac Reis.

SOLUM, Lawrence B. Procedural justice. **Southern California Law Review**, v. 78, 2004, p. 181-321.

SOUZA, Erika Giuliane Andrade. **Formas de administração de conflitos no espaço público: casos de feijoada da polícia da cidade do Rio de Janeiro**.

Extraído de

http://www.abant.org.br/conteudo/ANAIS/CD_Virtual_26_RBA/grupos_de_trabalho/trabalhos/GT%2016/erika%20giuliane%20andrade.pdf. Acessado em 14 de janeiro de 2014.

STRANG, Heather. **Repair or revenge: victims and restorative justice**. Stanford: Stanford University Press, 2002.

SULLIVAN, Dennis; TIFFT, Larry (eds.) **Handbook of restorative justice: A global perspective**. New York: Routledge, 2006.

TARUFFO, Michele. **Simplemente la verdad: El juez y la construcción de los hechos**. Trad. Daniela Accatino Scagliotti. Madrid: Marcial Pons, 2010.

_____. **La prueba de los hechos**. 4ª ed. Tradução Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Ed. Trotta, 2011.

TAVARES, Juarez. **Os objetos simbólicos da proibição: o que se desvenda a partir da presunção de evidência**.

http://www.juareztavares.com/Textos/os_objetos_simbolicos_da_proibicao.pdf.
Acessado em 17/11/2013.

TAYLOR, Gabriele. Guilt and remorse. In R. Harré and W. Gerrod Parrot (eds). **The Emotions Social, Cultural and Biological Dimensions**. London: Sage, 1996.

TELLES JUNIOR, GOFFREDO. **Iniciação à Ciência do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2001.

THIBAUT, John et al. Procedural justice as fairness. **Stanford Law Review**, vol. 26, 1974.

_____; Walker, Laurens. **Procedural justice: a psychological analysis**. Hillsdale, N.J.: Erlbaum, 1975.

_____. A theory of procedure. **California Law Review**, 66, 541, 1978.

THOMAS, Jim. Justice as interacion: loose coupling and mediations in the adversary process. **Symbolic Interaction**, v. 6, n. 2, 1983, p. 243-260.

TIVERON, Raquel. **Justiça restaurativa: a construção de um novo paradigma na justiça criminal**. Brasília: Thesaurus, 2014.

TOULMIN, Stephen E. **The uses of argument**. New York: Cambridge University Press, 2003.

TWINING, Willian. Evidence and theory legal. **The Modern Law Review**, 1984, v. 47, n. 3.

_____. Narrative and generalizations in argumentation about questions of fact. 40 **S. Tex. L. Rev.**, 351, 1999.

TYLER, Tom R. **Why people obey the law**. New Haven and London: Yale University Press, 1990.

_____. et al. **Social justice in a diverse society**. Oxford and Colorado: Westview Press, 1997.

_____. Procedural justice, legitimacy, and effective rule of law. **Crime and Justice**, vol. 30, 2003, p. 283-357.

_____. **Why people cooperate: the role of social motivations.** Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2010.

_____. Mechanisms of legal effect: theories of procedural justice. **Public Health Law Research**, 2011.

UMBREIT, Mark S. Restorative justice through victim-offender mediation: A multi-site assessment." *Western Criminology Review* 1(1), 1998.

_____. et al. Victim impact of meeting with young offenders: two decades of victim offender mediation practice and research. In MORRIS, A. & MAXWELL, G. (Eds.), **Restorative Justice Practice & Research**: New Zealand Publisher, 2001.

VAN LEEUWEN, Theo. **Discourse and practice: new tools for critical discourse analysis.** New York: Oxford University Press, 2008.

VAN NESS, Daniel W.; STRONG, Karen H. **Restorative justice: an introduction to restorative justice.** 4th ed. New Providence, NJ: Matthew Bender & Company, 2010.

VAN STOKKOM, Bas. Moral emotions in restorative justice conferences: managing shame, designing empathy. **Theoretical criminology**, n. 6 (3), 2002, p. 339-360.

_____. Forgiveness and reconciliation in restorative justice conferences. **Ethical Perspectives** 15, n. 3, 2008, p. 399-418.

VARGAS, Joana Domingues; RODRIGUES, Juliana Neves Lopes. Controle e cerimônia: o inquérito policial em um sistema de justiça criminal frouxamente ajustado. **Revista Sociedade e Estado**. V. 26, n.1, jan/abril 2011.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e prática restaurativas.** São Paulo: Método, 2008.

VIDMAR, Neil. Procedural justice and alternative dispute resolution. **Psychological Science**. Vol. 3, n. 4, 1992.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência.** Trad. Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

MARIA VIEIRA, Rosa. **O juiz de paz: do império aos nossos dias.** Brasília: Editora UnB, 2002.

VIEIRA, Oscar Vilhena. A desigualdade e a subversão do estado de direito. **Sur. Revista Internacional de direitos humanos**. vol.4, n.6, 2007.

VIEIRA, Hector Luís Cordeiro. **Conflitos e encruzilhadas de cidadania: entre o discurso e a prática do reconhecimento, da consideração e dos direitos fundamentais nos juizados especiais cíveis.** Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, Brasília, 2017.

VIZEU, Fabio. **Racionalidade administrativa e distorção comunicativa nas organizações contemporâneas.** XXXIII Encontro da ANPAD. São Paulo, set. 2009.

_____.; CICMANEC, Édna Regina. A música que encanta, o discurso que aprisiona: a distorção comunicativa em uma loja de departamentos. **Cadernos EBAPE.BR**, v. 11, n.1 artigo 9, Rio de Janeiro, Mar. 2013.

VON HIRSCH, Andrew. El concepto de bien jurídico y el principio del daño. En HEFENDEHL, Roland org. **La teoría de bien jurídico: ¿fundamentación del derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?** Madrid: Marcial Pons, 2007.

WALZER, Michael. **Spheres of justice: a defense of pluralism and equality.** United State of America: Basic Books, 1983.

WARAT, Luiz Alberto. **O ofício do mediador.** Florianópolis: Habitus, 2001.

WATANABE, Kazuo. A mentalidade e os meios alternativos de solução de conflitos no Brasil. In GRINOVER et al. **Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional – guia prático para a instalação do setor de conciliação e mediação.** São Paulo: Atlas, 2007.

_____. **Política pública do Poder Judiciário nacional para o tratamento adequado dos conflitos de interesses.** Disponível <http://www.tjsp.jus.br/Download/Conciliacao/Nucleo/ParecerDesKazuoWatanabe.pdf>. Acessado em 18/10/2017.

WIGMORE, John H. Looking behind the Letter of the Law, **University of Chicago Law Review.** Vol. 4, Iss. 2, 1937.

WUNDERLICH, Alexandre. **A vítima no processo penal: impressões sobre o fracasso da Lei 9.099/95.** Revista Brasileira de Ciências Criminais: RBCCrim, v. 12, n. 47, mar./abr. 2004, p. 233-269.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder Judiciário. Crises, Acertos e Desacertos.** Trad. Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____. *et al.* **Direito penal brasileiro I.** Rio de Janeiro: Revan, 2006.

_____. **O inimigo no direito penal.** 2ª ed. Tradução: Sergio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

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

ZERNOVA, Margarita. **Restorative justice: ideals and realities.** Michigan: Ashgate, 2007.