

# O consenso compreendido a partir do paradigma do Estado Democrático de Direito

Uma crítica ao conceito de Justiça Consensual

Flaviane de Magalhães Barros Pellegrini  
Marius Fernando Cunha de Carvalho  
Natália Chernicharo Guimarães

## Sumário

1. Introdução. 2. Breve exposição sobre as teorias. 3. O consenso a partir do modelo de mediação e conciliação em matéria criminal. 4. O problema da compreensão do consenso pela Escola Instrumentalista. 5. Uma proposição a respeito do consenso. 6. Conclusão.

## 1. Introdução

A procedimentalização do instituto do consenso vem sendo objeto de estudo dos presentes autores a partir de um projeto de pesquisa financiado pelo FIP (PUC-MINAS) e CNPq, denominado “Justiça consensual e devido processo legal”. Este artigo é fruto das primeiras conclusões implementadas pelo grupo de pesquisa.

A metodologia utilizada possui como marco teórico o realismo crítico ou falibilismo popperiano (Cf. POPPER, 1977). Logo, sistematizaremos um problema e elaboraremos uma teoria em grau de tentativa para conseguirmos eliminar o problema. Durante esse percurso, analisaremos algumas teorias concorrentes que propõem solucionar o mesmo problema. A argumentação crítica é o instrumento para demonstrarmos a insuficiência teórica de cada uma delas. Por fim, pretendemos apresentar à comunidade jurídica uma teoria mais resistente às críticas elaboradas.

No concernente à base teórica para formulação do problema e da teoria em grau de tentativa, utilizamos como marco teórico

Flaviane de Magalhães Barros Pellegrini é Doutora e mestre em direito processual – PUC-MINAS. Professora adjunta da PUC-MINAS, no curso de graduação e pós-graduação. Professora da Universidade de Itaúna, no curso de graduação e pós-graduação. Coordenadora técnica de direito processual penal da Escola Superior de Advocacia da OAB-MG.

Marius Fernando Cunha de Carvalho é Graduando em direito pela Faculdade Mineira de Direito PUC-MINAS e bolsista de iniciação científica do programa PIBIC/CNPq Brasil.

Natália Chernicharo Guimarães é Graduada em direito pela Faculdade Mineira de Direito PUC-MINAS e bolsista de iniciação científica do programa FIP/PUC-MINAS.

a teoria do processo como espécie de procedimento realizado em contraditório (Cf. FAZZALARI, 1996), a teoria do discurso ou procedimentalista (Cf. HABERMAS, 1997) e a teoria do modelo constitucional do processo (Cf. ANDOLINA; VINGERA, 1997). A escolha dessas teorias para o desenvolvimento da pesquisa está comprometida com a adequabilidade que cada uma possui com os enunciados da Teoria do Estado Democrático, sistema normativo constitucionalmente assegurado para a sociedade brasileira.

Ressaltamos que esse tema foi objeto de estudos anteriores (Cf. BARROS, 2000)<sup>1</sup>, mas que ora pretende ser revisado, haja vista que as conclusões anteriores não suportaram a argumentação crítica posteriormente implementada, surgindo, assim, a necessidade de revisão da teoria, principalmente a partir da análise da teoria procedimentalista de Habermas.

## *2. Breve exposição sobre as teorias*

A Teoria do Processo como Espécie de Procedimento realizado em Contraditório implementou uma mudança no critério de distinção entre processo e procedimento. Ao contrário da Escola Instrumentalista que propõe a distinção por meio do critério teleológico, ressaltando o instituto do processo ao impregná-lo de fins e destituindo o procedimento desses, levando a uma diluição do conceito do procedimento no processo (Cf. GONÇALVES, 2001, p. 66), Fazzalari (1996, p. 71-93) propõe o critério lógico de inclusão. Logo, o processo está contido no procedimento.

O processo, agora, não é mais concebido como um instrumento da Jurisdição, mas o requisito do exercício legítimo da atividade jurisdicional (Cf. LEAL, 2004, p. 249). Por ser uma estrutura preparatória do provimento final, que assegura a participação dos envolvidos na elaboração desse ato, por meio do contraditório, que enseja simétrica paridade, trata-se de um instituto ne-

cessário para o implemento do Estado Democrático.

A Teoria do Discurso, por outro lado, firma-se no conceito que pressupõe uma coesão interna entre a autonomia pública e a privada. A autonomia dos cidadãos deve existir tanto na esfera de organização da sociedade – autonomia pública – quanto no exercício dos seus direitos fundamentais – autonomia privada. A importância do Direito não se faz notar, portanto, somente na questão da legalidade da norma, mas também na questão da própria legitimidade.

Habermas (2002, p. 293-294), dessa forma, afirma que essa autonomia só pode ser exercida se o sujeito de direito, destinatário da norma, reconhecer-se como seu autor, ou seja, se a norma for legítima.

Urge destacarmos a Teoria do Modelo Constitucional do Processo, que se faz uma das mais importantes no estudo da teorização do Estado Democrático, uma vez que eleva o processo à categoria de direito-garantia, assegurado na Constituição. São três as suas características gerais: a) a expansividade, consistente na idoneidade de condicionamento dos procedimentos constitucionais e infraconstitucionais de acordo com a fisionomia mínima assegurada pelo modelo constitucional; b) variabilidade, que é a possibilidade de assunção de formas variadas, respeitando-se o mínimo constitucional; c) perfectibilidade, consistente na idoneidade de aperfeiçoamento do modelo de acordo com as necessidades (Cf. ANDOLINA; VIGNERA, 1997, p. 7-11). Assim, todo processo é constitucional, uma vez que todos são oriundos do modelo mínimo assegurado na Constituição.

## *3. O Consenso a partir do modelo de mediação e conciliação em matéria criminal*

O tema consenso ganha contornos a partir da disposição constitucional que, no art. 98 da CR 88, autoriza a organização dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, po-

dendo nesse último objetivar uma nova solução distinta da prisão, por meio da transação penal e da composição civil do dano.

A introdução de um modelo de mediação ou conciliação em matéria criminal tem como objetivo retomar o diálogo entre o autor do fato e a vítima. A Vitimologia, a partir do paradigma do Estado Democrático de Direito<sup>2</sup>, ressalta o valor terapêutico (Cf. LARRAURI, 1993, p. 95) da mediação e da conciliação, já que a solução do conflito penal passa pela retomada do diálogo entre os protagonistas do fato criminoso, aproximando a solução penal da questão relativa à reparação do dano.

O que distingue a mediação da conciliação é o papel do mediador e do conciliador, já que este é agente ativo na formulação do acordo e aquele é agente catalisador da solução efetivada pelas partes, ou seja, o conciliador intervém no diálogo entre as partes para auxiliar na solução do conflito, ao passo que o mediador somente estimula o acordo, sem atuar ativamente na construção da solução (Cf. TAVARES, 2002, p. 47-51).

No paradigma do Estado Democrático de Direito, a participação dos atingidos é decorrência da compreensão dos sujeitos de direitos como autores e destinatários da norma jurídica a partir da equi-primordialidade (Cf. HABERMAS, 2002, p. 291); assim, o movimento vitimológico<sup>3</sup>, no referido paradigma, ressalta a importância do consenso para a solução do conflito penal e da reparação do dano.

No paradigma do Estado Democrático de Direito, a análise do movimento vitimológico exige a participação da vítima de um delito, que não pode ser excluída da solução do conflito penal pela atuação estatal; assim, são sujeitos de direitos a vítima e o autor do fato. Desse modo, o processo penal é construído participadamente não só pelo acusado e pelo Ministério Público, mas também pela vítima. Revela-se, nesse paradigma, a possibilidade da construção de uma solução consensuada entre o protagonista

do delito e a vítima ou o Ministério Público, conforme o caso, assim como uma solução adequada e possível.

#### *4. O problema da compreensão do consenso pela Escola Instrumentalista*

O entendimento da Escola Instrumentalista baseia-se na noção da desformalização a partir de duas acepções: desformalização do processo por meio da simplificação da técnica processual e desformalização das controvérsias. Como relata Ada Pellegrini Grinover (1990, p. 179), baseada em estudos de Denti, a desformalização das controvérsias busca, “de acordo com sua natureza, equivalentes jurisdicionais, como vias alternativas ao processo, capazes de evitá-lo, para solucioná-las mediante instrumentos institucionalizados de mediação”. Portanto, a desformalização se enquadra entre as possíveis soluções para a questão relativa ao acesso à justiça, compreendido pela autora como acesso a uma ordem jurídica justa.

Assim, para a Escola Instrumentalista a desformalização das controvérsias possui importante papel como forma de pacificação social, como ressalta Ada Pellegrini Grinover (1990, p. 221):

“Revela, assim, o fundamento social da conciliação, consistente na sua função de pacificação social. Esta, via de regra, não é alcançada pela sentença, que se limita a ditar autoritativamente a regra para o caso concreto; (...)

Por isto mesmo, foi salientado que a Justiça tradicional se volta para o passado enquanto a Justiça informal se dirige ao futuro. A primeira julga e sentencia, a segunda compõe, concilia, previne situações de tensões e rupturas, exatamente onde a coexistência é um relevante elemento valorativo.”

Desta feita, antes do processo penal, a fase da composição civil do dano e da transação penal seriam etapas pré-processuais. Grinover (1990, p. 206) ressalta que é possí-

vel distinguir a conciliação judicial, realizada pelo juiz no processo, como a prevista no art. 331 do CPC, da conciliação pré-processual, realizada como instrumento alternativo de solução de litígios. (Cf. GRINOVER, 1990, p. 206).

Dinamarco (1995, p. 114) também salientou a distinção, observando que a conciliação processual é um “instrumento moderno destinado a promover o diálogo entre o juiz e parte, *vis a vis*, na tentativa de eliminação autocompositiva dos conflitos”. Assim, o juiz, além do papel de julgador, exercerá o papel de conciliador.

Importante ressaltarmos que o tema relativo à composição ou conciliação no processo e à conciliação fora do processo, que se dá por meio da transação, renúncia ou submissão, é discutido pelos instrumentalistas. Sugere Dinamarco (1995, p. 125): “a transação em si é um negócio jurídico (contrato segundo muitos), é seguramente ato de direito material. Feita em juízo ou não, sua natureza é sempre a mesma”.

Humberto Theodoro Junior (1998, p. 41), por sua vez, estabelece o seguinte posicionamento: a autocomposição é um substituto da Jurisdição que pode ser obtida pela transação ou conciliação. O que distingue as duas classes é o momento de sua realização. Ressalta o autor que “a conciliação nada mais é do que uma transação obtida em juízo, pela intervenção do juiz junto às partes”.

Parece-nos relevante a análise crítica da posição da Escola Instrumentalista a partir, primeiramente, de sua base conceitual. Haja vista a compreensão do processo como instrumento de pacificação social, coloca-se a conciliação como um instrumento alternativo de pacificação social, nas palavras de Grinover, até mais eficiente, pois é fundada no consenso e não no conflito. Contudo, demonstra-se inadequada a compreensão que o pretendido no consenso seja a busca da pacificação social. Da mesma forma que o processo não pode ser compreendido por escopos metajurídicos, notadamente pelo

escopo social, a conciliação também não pode ser estabelecida a partir dos contornos relativos à função do juiz de julgar levando em consideração não só o direito discutido e pretendido pelas partes, mas a decisão que se enquadra dentro da melhor solução a partir da realidade socioeconômica. Da mesma forma que o processo não possui caráter teleológico, não pode a conciliação ser vista dessa maneira.

Principalmente quando se confunde a conciliação com o direito pretendido e discutido pelas partes. Deve-se ressaltar a inadequação da compreensão de que a transação é um direito material. A conciliação ou a transação, como preferirem, são estruturas procedimentais que visam à obtenção do consenso, elas não se confundem com a questão jurídica controvertida que será solucionada pelo consenso.

Essa compreensão instrumentalista aproxima-se da teoria de Chiovenda (1965, p. 26-27) a respeito do direito de ação. Segundo o autor italiano, o direito de ação e a satisfação da obrigação voluntariamente pelo devedor, mediante a prestação, são direitos subjetivos concorrentes, pois ambos remetem à vontade concreta da lei que lhe garante um bem determinado. Em outras palavras, a vontade concreta da lei se exerce por meio do cumprimento da obrigação pelo devedor ou no processo, por meio da Jurisdição.

Desta feita, ou o devedor cumpre espontaneamente a prestação, e esta se daria pela transação, ou então surge um direito de ação, autônomo, de se exigir um determinado direito no processo. Assim, o processo somente existiria se houvesse o conflito e se esse não fosse realizado consensualmente.

Mister se faz, neste ponto, ressaltar que existe distinção entre o direito que se discute no processo, direito material para a Escola Instrumentalista, e o direito ao processo. A compreensão instrumentalista parte da noção de que o juiz no processo atua para dizer o direito no caso concreto, realiza a vontade concreta da lei, e, quando atua como

conciliador, foge de sua atuação jurisdicional, porque conciliação e a transação são realizações do direito material.

Esse pensamento não pode subsistir no paradigma do Estado Democrático de Direito, pois o processo é uma garantia, que se exerce independentemente da procedência ou não do direito alegado. Como ressalta Aroldo Plínio Gonçalves (1993, p. 127), o contraditório – logo, concluímos, o processo por consequência – não pode ser compreendido como o “‘dizer’ ou o ‘contradizer’ sobre matéria controvertida, não é discussão que se trava no processo sobre a relação de direito material, não é a polêmica que se desenvolve em torno dos interesses divergentes sobre o conteúdo do ato final”. Assim, não é o consenso ou o dissenso que irão distinguir a atuação jurisdicional, e sim a existência do contraditório, assegurado constitucionalmente pela característica da expansividade do modelo constitucional processual.

Por essa razão, quando a escola instrumentalista distingue entre a justiça conflitiva e a justiça consensual (Cf. FERNANDES, 2003, p. 203), a primeira realizada a partir do processo e a segunda pelo consenso, ela utiliza a expressão para afirmar não a respeito do processo em si, mas a respeito do conteúdo do provimento final. Aclara-se, portanto, a compreensão da referida Escola a respeito da composição civil do dano e da transação penal, compreendidas como integrantes da justiça consensual penal que visa um acordo a fim de evitar o processo penal, de natureza conflitiva.

### *5. Uma proposição a respeito do consenso*

Na compreensão do Estado Democrático de Direito, o consenso surge como possibilidade de formulação de questões jurídicas, que passa pela compreensão do papel de seus participantes. Ou seja, a atuação do conciliador e do mediador é apenas para estimular a formulação de uma decisão con-

sensuada, mas, para que esta exista, é imprescindível a participação daqueles que serão atingidos pelo acordo.

Observando a análise feita por Habermas (1997, p. 208) a respeito do consenso, resalta-se:

“O caminho do princípio do discurso, que deve garantir o consenso não-coercitivo, é indireto, desdobrando-se através de procedimentos que regulam as negociações sob o ponto de vista da imparcialidade. Desta maneira, o poder de negociação não-neutralizável deve ser disciplinado, ao menos através da distribuição igual de partidos. Se a negociação de compromissos decorre conforme procedimentos que garantem a todos os interesses iguais chances de participação nas negociações e na influenciação recíproca, pode-se alimentar a suposição plausível de que os pactos a que se chegou são conformes à equidade.”

Assim, a formação do consenso exige a participação recíproca daqueles que serão atingidos pelo acordo, como já ressaltado acima, mas exige também um espaço procedimentalizado, que pode ser estruturado como conciliação ou mediação, conforme o caso.

Esse espaço procedimentalizado, a partir da teoria fazzalariana, poderá ser compreendido como um processo ou um procedimento?

A partir da crítica feita à teoria instrumentalista, que confunde o processo com o conflito, que exige o contraditório como ação e reação apenas quando não for possível o acordo, e da reflexão do consenso a partir da noção da participação dos sujeitos de direito como autores e destinatários da norma jurídica, podemos formular a proposição que a conciliação e a mediação somente podem ser compreendidas como processo; este compreendido no conceito de Fazzalari, ou seja, um conjunto de atos e posições subjetivas dirigidas a um provimento final realizado em contraditório pelos afetados pelo ato final (Cf. FAZZALARI, 1996, p. 73-76).

Isto é, na mediação e na conciliação, os formuladores do acordo serão as partes que serão também afetadas por ele, logo se exige a simétrica paridade, ou seja, a construção participada do provimento, que somente poderá ser realizado se as partes possuírem no espaço procedimentalizado da negociação posições subjetivas simétricas, ou seja, direitos, deveres, faculdades e ônus simétricos. Nesse processo, não se admite a coerção ou mesmo a superposição de papéis entre negociador e conciliador. Se hoje, no processo pela compreensão procedimentalista, não se admite mais o juiz como superparte, nos processos de mediação ou conciliação, os mediadores e conciliadores não podem também ocupar esse papel, eles são agentes catalisadores do acordo; os verdadeiros formuladores do acordo são as partes que atuam em contraditório.

Como ressalta Jean-François Six (2001, p. 165), na mediação não se julga, não é esse o seu papel. Assim:

“O mediador não tem nenhum poder, não tem espada, não tem divisões, não pode exercer nenhuma pressão, seja ela psicológica ou judicial. Ele está lá, desarmado; esta lá, não é inerte, pode sugerir, propor, incitar. Seu efeito ‘catálise’ pode ser precioso, mas o papel do mediador não substitui, em nenhum momento, o do juiz”.

## 6. Conclusão

A Constituição da República Brasileira de 1988 assegura o processo como direito-garantia dos cidadãos. Trata-se de um modelo mínimo de regência das decisões, expansivo a todas as esferas estatais, o qual pode sofrer modificações para ser aperfeiçoado. Nesse diapasão, garante-se a participação dos destinatários da norma como autores da mesma, por meio da coesão interna entre autonomia pública e privada, a equíprimordialidade, no espaço de argumentação procedimentalizado; espaço esse

que deve ser entendido como procedimento realizado em contraditório, no qual as partes encontram-se em simétrica paridade e atuam como protagonistas na elaboração do provimento final, o qual irá atingir as suas esferas jurídicas. Logo, deve-se extirpar o conceito de relação jurídica como grau de sujeição do réu à vontade do autor, e destes aos ditames do juiz.

Portanto, a mediação é um processo que exige a atuação das partes e do mediador, e se distingue do processo jurisdicional, não em razão do conflito como pretendem os instrumentalistas, mas em razão da atuação do juiz e das partes no processo, pois, no primeiro, o provimento final é construído pelas partes, no segundo, pelo juiz a partir da atuação das partes. Há, é claro, uma semelhança, a existência do contraditório como simétrica paridade, como elemento definidor da atuação das partes.

## Notas

<sup>1</sup> Ressaltou-se, então, que a fase consensual dos Juizados Especiais Criminais tratava-se de um procedimento conforme à distinção de Fazzalari entre procedimento e processo (Cf. BARROS, 2000).

<sup>2</sup> A respeito da reconstrução do movimento vitimológico a partir do paradigma do Estado Democrático de Direito, ver Pellegrini (2003).

<sup>3</sup> O movimento vitimológico tem como objetivo estudar a vítima do processo e reconstruir seu papel como sujeito de direitos.

## Referências

ANDOLINA, Ítalo; VIGNERA, Giuseppe. *I fondamenti costituzionali della giustizia civile: il modello costituzionale del processo civile italiano*. 2. ed. Torino: Giappichelli, 1997.

BARROS, Flaviane de Magalhães. *As garantias processuais da vítima na composição civil do dano*. Belo Horizonte, 2000. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2000.

CHOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1965. v. 1.

- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do código de processo civil*. São Paulo: Malheiros, 1995.
- FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. 8. ed. Padova: Cedam, 1996.
- FERNANDES, Antonio Fernandes. *Processo penal constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teorias do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 2003.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual: de acordo com a Constituição de 1988*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.
- HABERMAS, Jurgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002.
- \_\_\_\_\_. *Direito e democracia: entre a faticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneicher. Rio de Janeiro: Tempo, 1997.
- LARRAURI, Elena. *Victimología: presente y futuro: hacia en sistema penal de alternativas*. Barcelona: PPU, 1993.
- LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.). *Estudos continuados da teoria do processo*. São Paulo: IOB Thonsom, 2004.
- PELLEGRINI, Flaviane de Magalhães Barros. *A participação da vítima no processo penal e sua sobrevivência: em busca de uma interpretação constitucionalmente adequada*. Belo Horizonte, 2003. Tese (Doutorado em direito processual) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2003.
- POPPER, Karl. *Autobiografia intelectual*. Tradução de Leônidas Hegenberg, Octanny Silveira da Motta. São Paulo: Cultrix, 1977.
- SIX, Jean-François. *A dinâmica da mediação*. Tradução de Aguida Arruda Barbosa, Eliana Riberti Nazareth, Gisele Groeninga. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- TAVARES, Fernando Horta. *A intermediação como forma alternativa de solução de controvérsias: mediação e conciliação*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *As inovações no código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

