

PODER DE PUNIR E A JUSTIÇA RESTAURATIVA SOB A PERSPECTIVA DAS NAÇÕES UNIDAS: ENSAIO A LUZ DO ACESSO À JUSTIÇA E OS DIREITOS DAS PERSONALIDADE

POWER TO PUNISH AND RESTORATIVE JUSTICE UNDER THE PERSPECTIVE OF THE UNITED NATIONS: ESSAY IN THE LIGHT OF ACCESS TO JUSTICE AND PERSONALITY RIGHTS

Daniela M. G. Ribeiro

UniCESUMAR

Manoel Abrantes

UniCESUMAR

Ana Cláudia Rossaneis

FADISP

Resumo

A presente pesquisa tem como objetivo discutir a relação entre a obra de Michel Foucault "Vigiar e Punir", o acesso à justiça e os direitos da personalidade. Ao examinar a evolução da punição e o papel do sistema de justiça criminal na regulamentação do comportamento social, busca-se destacar como certos atores exercem mais poder do que outros na esfera jurídica. Além disso, argumenta-se que os princípios da justiça restaurativa, que buscam reparar o dano causado pelo comportamento criminoso em vez de simplesmente punir o infrator, podem ajudar a melhorar o acesso à justiça e a proteção dos direitos da personalidade, quando se fala em punição e solução adequada de conflitos sociais. Assim, busca-se contribuir para a discussão em curso sobre a interseção entre as ideias de Foucault e o sistema jurídico, defendendo uma compreensão mais abrangente e matizada das dinâmicas de poder, com o uso da Justiça Restaurativa como meio de acesso à justiça e proteção dos direitos da personalidade. Para tanto, a metodologia adotada tem por norte o método dedutivo, e baseia-se na técnica de pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave

Poder de Punir. Justiça Restaurativa. Direitos da Personalidade.

Abstract

This research aims to discuss the relationship between Michel Foucault's work "Discipline and Punish", access to justice and personality rights. By examining the evolution of punishment and the role of the criminal justice system in regulating social behavior, we seek to highlight how certain actors wield more power than others in the legal sphere. In addition, it is argued that restorative justice principles, which seek to repair the damage caused by criminal behavior rather than simply punishing the offender, can help to improve access to justice and protection of personality rights when it comes to punishment. and adequate solution of social conflicts. Thus, we seek to contribute to the ongoing discussion about the intersection between Foucault's ideas and the legal system, advocating a more comprehensive and nuanced understanding of power dynamics, with the use of Restorative Justice as a means of access to justice and protection personality rights. Therefore, the adopted methodology is guided by the deductive method, and is based on the bibliographical research technique.

Keywords

Power of Punishment. Restorative Justice. Personality Rights.

INTRODUÇÃO

A obra seminal de Michel Foucault, "Surveiller et Punir" (1975), traduzida para o inglês como "Discipline and Punish", tem sido um pilar nos campos da criminologia, sociologia e filosofia por várias décadas. Nesta obra, Foucault expõe a evolução da punição desde as execuções públicas até as formas modernas de aprisionamento, desvelando os mecanismos de poder em jogo no sistema penal. No entanto, além de seu impacto nessas áreas, as ideias de Foucault têm implicações significativas para o sistema jurídico e a proteção dos direitos individuais.

Busca-se explorar as conexões entre as ideias de Foucault em "Vigiar e Punir" e as questões de acesso à justiça e direitos da personalidade. O conceito de poder, como apresentado por Foucault, pode ser estendido para a esfera jurídica, onde é evidente que certos

atores exercem mais poder do que outros. Ao analisar as diferentes etapas da evolução da punição, podemos identificar como o sistema penal foi utilizado para controlar e regular o comportamento social, muitas vezes às custas dos direitos e liberdades individuais.

Além disso, o artigo argumentará que os princípios da justiça restaurativa, que visam reparar o dano causado pelo comportamento criminoso em vez de apenas punir o infrator, fornecem um quadro para um sistema legal mais justo e equitativo, atingindo de forma mais intensa os fins da pena. Ao incorporar os princípios da justiça restaurativa e respeitar os direitos dos indivíduos envolvidos, o acesso à justiça e a proteção dos direitos da personalidade podem ser aprimorados.

No geral, busca-se contribuir para a discussão em curso sobre a interseção das ideias de Foucault em "Vigiar e Punir" e o sistema jurídico, defendendo uma compreensão mais abrangente e matizada das dinâmicas de poder, acesso à justiça e direitos da personalidade.

2 BREVE HISTORICO DAS PENAS

As leis, conforme ensina Cesare Beccaria (1996), são condições sob as quais os seres humanos, que viviam independentes e isolados, se uniram em sociedade para dar fim ao contínuo estado de guerra que sua independência proporcionava. Esse estado de guerra interminável tornava absolutamente inútil o gozo da liberdade e independência, uma vez que a preservação da vida era complicada.

As leis, portanto, foram a saída encontrada pelos homens. São criações sociais que elegeram para reger sua vida em sociedade. Assim, os humanos sacrificaram parte de sua liberdade pelo bem comum, isto é, cederam uma parcela de sua liberdade ao soberano, que os protegeria e manteria a ordem social (BECCARIA, 1996).

Diante de tal situação, as pessoas já não podiam mais agir como bem entendessem, fazendo aquilo que queriam e causando dano a outros. Todos haviam concordado com o pacto social “invisível”, que tornava a convivência em sociedade possível, e que permitia ao soberano, e apenas a ele, a possibilidade de punir quando algum dos indivíduos excedia suas liberdades e causava danos (BECCARIA, 1996).

Sobre este sentido, conta Beccaria (1996, p. 41):

Mas não bastava construir esse depósito, havia que defendê-lo das usurpações privadas de cada homem em particular, o qual sempre tenta não apenas retirar do depósito a porção que lhe cabe, mas também apoderar-se daquela dos outros. Faziam-se necessários motivos sensíveis suficientes para dissuadir o espírito despótico de cada homem de novamente mergulhar as leis da sociedade no antigo caos.

Esses motivos sensíveis, conforme ensina Beccaria (1996), nada mais são que as penas estabelecidas contra os infratores das leis que regem o convívio social, tornando-o possível. O autor ensina que estes motivos são considerados “sensíveis” porque a multidão não adota princípios estáveis de conduta ou, mesmo, se afasta do princípio universal de dissolução que se observa no universo físico e moral senão por motivos que possam afetar, influir de forma direta em suas vidas.

Por isso é que a pena fez-se indispensável ao sucesso da vivência sob o pacto social. E por isso é que, no início, poderiam ser consideradas por tão exacerbadas e violentas aos olhos do homem contemporâneo.

Na evolução das penas, tem-se a figuração da existência de vários períodos distintos, que trilham caminhos completamente

diferentes, com características marcantes, e que se encontram nos povos antigos até o entendimento das civilizações atuais.

O primeiro período que vale a pena a observância é o período da vingança privada. Conforme ensina Noronha (1991), na época em que imperava essa forma de sistema punitivo, a pena não guardava qualquer proporção com a ofensa inicial.

Encontravam-se disputas acirradas entre grupos e, mesmo, famílias, que acabavam se autodestruindo pela vingança, que não se interrompia até que tais grupos fossem extintos por consequências desse sistema de punição aplicado (NORONHA, 1991).

A primeira evolução da pena, nesse terreno de vingança privada, nas mãos dos homens, foi a figura do “talião” que, conforme ensina Noronha (1991, p. 20), era “conhecido pela máxima ‘olho por olho e dente por dente’. Por ele, o castigo é delimitado e a vingança não mais seria arbitrária e desproporcional”.

Outra forma de vingança que se mostrou muito influente no decorrer da história se trata da vingança divina. Isto é, através desse sistema punitivo, tem-se o entendimento de que os delitos praticados, cuja tipificação geralmente possuía vínculo direto com os princípios da igreja, eram considerados como uma ofensa aos deuses, fazendo-se, assim, valer a religião e seus direitos (FARIAS JÚNIOR, 1996).

Essa forma de punição se deu nos mais diversos períodos da história. Tanto na história antiga, quanto na medieval, e nas mais variadas sociedades de que se pode ter ideia (FARIAS JÚNIOR, 1996).

Na Idade Média, no entanto, essa forma de vingança, nas mãos do déspota e, claro, da igreja, ficou muito aparente. Com o estouro da religião católica e o crescimento da influencia desta, tem-se que o governo dos reinos se dava de forma completamente ligada à igreja e seus princípios, e a ofensa a tais princípios levavam à punição (FARIAS JÚNIOR, 1996).

A esse respeito, ensina Farias Júnior (1996, p. 24):

A vingança divina que de certo modo também era pública foi generalizada com o uso de juízes e tribunais. O escopo era o de conter a criminalidade, mas por mais aterradores que fossem os castigos e os suplícios infligidos contra os delinquentes, por mais ostensiva que tenha sido a pretensa exemplaridade das execuções das penas corporais e infamantes, nunca houve eficaz efeito inibitório ou frenador da criminalidade.

Após essa forma de vingança, com a formação dos Estados e o afastamento deste do domínio da igreja, as penas tomaram caráter igualmente diverso. Tornaram-se mais públicas, de finalidade política, pois cabiam ao Estado e possuíam o objetivo de repreender, mas, também, de exemplificar, de forma a deixar claro ao público que, se adotassem determinadas condutas tidas como proibidas, aquele seria seu destino (BITTENCOURT, 2011).

Tratou-se de fase que monopolizou o poder de punir nas mãos do Estado, algo que já havia começado, mas o fez de forma ainda mais eficiente, passando-se da vingança privada à vingança estatal, onde o Estado tira o poder do indivíduo de vingar-se e o toma para si, calcando-se no objetivo central de manter a paz social e tirando o teor da vingança da pessoalidade (BITTENCOURT, 2011).

Nessa época, se redistribuiu a economia do castigo, e as penas eram aplicadas publicamente, e consistiam no suplício, figura essa que corresponde a “grandes escândalos” para a justiça tradicional (FOUCAULT, 2001).

A execução em praça pública, realizada das mais diversas formas de violência física eram o ponto central. A privação da liberdade não era utilizada como forma de punição objetiva na época.

O suplício, isto é, essa execução em praça pública, puramente física e violenta, era a ideia principal (FOUCAULT, 2001).

Contudo, essa forma de punição desapareceu, quando a sociedade modificou suas necessidades e passou a ver a execução pública como uma fornalha em que se acende a violência, praticada pelas mãos do Estado. O Estado percebeu-se em situação desfavorável, vez que aquela forma de punição não mais vinha cumprindo sua função social de exemplificar a consequência do delito com a aceitação social (FOUCAULT, 2001).

O desaparecimento do suplício, ensina Foucault (2001), ocorreu para que o aparecimento da pena de prisão surgisse como pena principal, neutra, necessária. Sobre essa nova forma de punição, se discorrerá a seguir.

3 SURGIMENTO DAS PRISÕES

A prisão não é uma forma de punição recente. Ela já existe desde antes da era de Cristo, mas ela sofreu modificações, claro, como os demais sistemas punitivos, de acordo com a época e a sociedade. A questão é que ela apenas se tornou a forma principal de punição recentemente (FOUCAULT, 2001).

Uma das primeiras formas de punir o infrator era excluindo-o da comunidade, para que seu exemplo de mal comportamento não influenciasse os demais do grupo. Esses encarcerados ficavam em locais sem qualquer estrutura como torres, calabouços e conventos abandonados (BITTENCOURT, 2011).

Na Antiguidade por volta de 1700 a.C-1.280 a.C. já existiam os cativos, formas de privação de liberdade utilizadas à época:

Na antiguidade, os infratores eram mantidos encarcerados até que sáísse o julgamento a eles seriam impostos, penas que, naquele período, eram destinadas ao castigo físico. Os infratores eram tratados de maneira desumana, passando por torturas e humilhações, como por exemplo tomando-se o que previa o “Código de Hamurabi” (BITTENCOURT, 2011, p. 28).

Assim como no Egito, a Grécia, Pérsia e Babilônia, o ato de encarcerar tinha como finalidade conter, manter sob custódia e tortura os que cometiam faltas, ou praticavam o que, para a antiga civilização, fosse considerado delito ou crime (BITTENCOURT, 2011).

As masmorras também serviam para abrigar presos provisoriamente. Faz-se importante, no entanto, entender que o ato de aprisionar não tinha caráter de pena, mas sim, servia para assegurar que a pessoa não fugisse até que a pena a ser imposta fosse decidida (FOUCAULT, 2001).

Na Idade Média para aprisionar não havia necessidade da existência de um local específico, os cárceres eram vistos como local de custódia para manter os submetidos a castigos corporais e penas de morte, garantindo o cumprimento das punições (FOUCAULT, 2001).

Contudo, como já tratado, Foucault (2001) relata o esvaziamento do suplício, que dá lugar à um novo sistema, até hoje utilizado: as prisões, encaradas, agora, como o sistema principal de punição. O espetáculo da punição através do suplício deixa de surtir os efeitos desejados, sendo encarada pela população como uma manifestação da tirania. Diante disso, os detentores do poder se veem obrigados a produzir verdadeira reforma do campo punitivo.

A nova forma de punição, através da prisão, transmuta do campo exclusivamente físico, da produção de dor, para o campo da “alma”. Isto é, a punição, agora, se constitui em um arranjo de

sofrimentos difusos e mais sutis. Não se deixa, por óbvio, de punir o corpo. O encarceramento, os trabalhos forçados, a interdição do domicílio, todas essas punições mantêm seu caráter físico, com exceção da pena de multa. No entanto, atenta Foucault para a absoluta divergência na relação castigo-corpo (FOUCAULT, 2001).

A pena, também à primeira vista, parece mais branda, mais humanitária, vez que o sofrimento físico em si não é mais elemento constitutivo da pena. Contudo, o sistema de punição verdadeiramente se aprimora, difundindo essa punição em uma riqueza de campos diversos. O carrasco se transforma em uma equipe especializada e institucionalizada, que está apartada da posse direta do poder, assim, não se vê mais como uma forma de tirania. Trata-se da emergência de um novo sistema, defendido pelos teóricos e pelo próprio povo, por entenderem sua necessidade e vislumbrarem tal sistemática como mais humanitária (FOUCAULT, 2001).

Foucault (2001) também atenta para essa questão. Explica que não se trata, em verdade, de uma preocupação do Estado na humanização da pena. O autor explica que essa reforma no sistema punitivo casou perfeitamente com o desenvolvimento e aprimoramento do capitalismo. Tratou-se de uma verdadeira estratégia que visou o remanejamento do poder de punir, buscando torna-lo mais eficaz, mais regular e detalhado. Deu-se mais importância aos delitos econômicos ao passo em que se elevou o limiar da passagem para crimes violentos e reduziu-se o custo econômico da própria pena, que se desligou do poder de forma direta.

Apenas após as revoluções liberais as prisões passaram a ser vistas como elemento padrão de sanção. Isso é o que se observa nas palavras de Roberto Lyra:

A princípio, a prisão destinava-se a animais. Não se distinguia, porém, entre irracionais e racionais “inferiores”. Prendiam-se homens pelos pés, pelas mãos, pelo pescoço etc., conforme o medo ou a cólera. Homens e animais foram amarrados, acorrentados, calcetados, grilhetados, manietados etc. Das nascentes zoológicas é que vem o uso de “prender”, da canga às algemas. O número crescente de presos foi pretexto para murá-los e ainda emparedá-los, engradá-los, aferrolhá-los, sem prejuízo dos guardas e soldados armados como para a guerra. Cavernas, naturais ou não, subterrâneos, túmulos, fossas, torres, tudo servia para prender. Prendia-se para não deixar fugir ou para obrigar a trabalhar.

Em suma, nem sempre a prisão foi a forma de punição principal, como se viu pelas considerações acima. Contudo, esta ganhou força com a evolução do capitalismo e, diferentemente do que se pode imaginar, elas não tomaram o lugar do suplício por uma maior humanização do poder que aplica a pena, mas sim, pela intenção dos detentores do poder de aprimorar os mecanismos de disciplina e repressão social (FOUCAULT, 2001).

4 CENÁRIO ATUAL CARCERÁRIO E FINALIDADE DA PENA

Diante do que se observa, até o presente momento, a aplicação da pena privativa de liberdade, embora não exclusiva, parece ser a sanção penal mais adotada para a punição dos infratores criminais, dentro do Ordenamento Jurídico Brasileiro.

Não se ignora, por óbvio, a existência de diversas medidas processuais despenalizadores que evitam a aplicação de penas privativas de liberdade, ou, até mesmo, a existência de penas

alternativas àquelas privativas de liberdade, no entanto, sabe-se que tais previsões reservam-se para, apenas, alguns tipos penais específicos, mediante cumprimento de outros vários requisitos pessoais e processuais elencados na lei¹. Portanto, a esmagadora maioria das infrações penais ainda resulta na aplicação das penas privativas de liberdade de forma impositiva, pelo processo jurisdicional.

A realidade parece ser palpável quando se observa o cenário dos presídios nacionais e a numerosa população carcerária. A superlotação dos presídios e o problema estrutural é notório e parece estar fora de qualquer discussão jurídica (MASSON, 2019).

Estima-se que, hoje, 661.915 (seiscentas e sessenta e uma mil e novecentas e quinze) pessoas se encontrem presas em celas físicas no Brasil, excluindo-se deste número a população encarcerada no âmbito domiciliar ou em liberdade condicional. A informação é dada pelo Departamento Penitenciário Nacional (Depen), diante de averiguação feita no ano de 2022, no período de janeiro a junho².

O dado é mais do preocupante! Em verdade, aponto evidente falha do sistema brasileiro na aplicação da pena e observância de suas finalidades, problema complexo que, aqui, se pretende compreender.

Diferentemente do que já se defendeu, noutro momento, a pena não deve ser entendida, apenas, como retribuição pelo mal causado, refletindo-se como mero castigo ao infrator da lei (MASSON, 2019). Também não pode se limitar a uma função pedagógica e preventiva, de temor à sociedade como forma de se evitar a prática de novos delitos (PRADO, 2019). A pena, desta forma, deve ter por

¹ A aplicação dos institutos despenalizadores fica reservada a situações previstas em lei que, dentro outros requisitos, observam as penas do delito praticado e o comportamento social do infrator para possibilitar, restringindo-se, portanto, sua utilização de forma significativa.

² Disponível em <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i1.203>. Acesso em: 14/03/2023

escopo tanto a retribuição do mal causado, como a ideia de prevenção, seja ela geral/social ou pessoal/especial. Portanto, a pena deve, sempre, observar as necessidades da vítima, o dano por ela experimentado assim como deve ser capaz de proporcionar, no infrator, a consciência da reprovabilidade de sua atitude, evitando que a conduta se repita e, no mesmo passo, que a sociedade perceba, diante da análise de todo o cenário, que a conduta não deve ser praticada novamente pelo infrator, tão pouco, por qualquer outra pessoa.

A pena, portanto, deve ser justa, ou seja, observar a gravidade do delito e a culpabilidade do autor, de forma a justificar, por via reflexa, a manutenção da ordem social (PARDO, 2019).

No mais, o ato de punir, não se restringe ou se exaure com a determinação da modalidade da pena e a forma de cumprimento, é necessário que se observe, ainda, sua fase de cumprimento, em especial, a necessidade de auxílio no processo de ressocialização do infrator preso, que deve ter sua reinserção social executada de forma programada e gradual, possibilitando uma vida “comum” após o cumprimento integral da pena justa aplicada.

Ocorre que, o alto número da população carcerária, evidencia que os escopos da pena não vêm sendo atingidos com êxito pelo sistema de punição penal.

Os dados mostram que o número de crimes praticados assim como evidencia-se alto índice de reincidência, o qual, segundo estudo realizado pelo Departamento Penitenciário Nacional em parceria com a Universidade Federal de Pernambuco, chega a atingir 21% no primeiro ano após a prática do delito já punido, aumentando, de forma bastante assustadora, para 38,9% após 5 anos. Tais dados mostram o afastamento da finalidade de prevenção da pena, seja ela especial ou geral.

Ainda há que se observar que o escopo da ressocialização também enfrenta dificuldades, pois com o esperado, após o cumprimento da pena fixada, é que o infrator consiga se reinserir socialmente, podendo levar uma vida comum, no entanto, se volta ele a praticar novos delitos, é porque a ressocialização não ocorreu, muitas vezes por falta de oportunidade em razão de um fator social e preocupante que é a segregação motivada pelo comportamento pretérito.

Diante deste cenário, é necessária uma revisão acerca da utilização da pena privativa de liberdade e sua aplicação no Brasil, não, necessariamente, para expurgá-la do sistema, mas sim, para avaliar sua viabilidade, uma vez que esta é, muitas vezes, o resultado da prestação jurisdicional ofertada de forma tradicional no âmbito penal, e neste prisma, os dados alarmantes colocam em voga, até mesmo, os escopos da própria jurisdição.

5 A JURISDIÇÃO PENAL E O ACESSO À JUSTIÇA

Como exposto anteriormente, ao se analisar a resposta Estatal diante da infração à lei penal, observa-se, antes mesmo, a própria função jurisdicional e sua atividade. Se o resultado da prestação jurisdicional, no âmbito penal, resulta em aplicação de pena privativa de liberdade e esta não cumpre suas funções específicas, parece que a própria função jurisdicional também esvazia-se.

Neste sentido, é importante lembrar que a função jurisdicional tem por finalidade precípua a resolução de conflitos sociais em busca de pacificação. Logo, considera-se perfeita a prestação jurisdicional quando seus efeitos não se limitam ao âmbito jurídico e numérico, que diz respeito a prolação de decisão final com conteúdo jurídico que, em tese, elimina um processo, mas sim, quando esta resposta jurídica

ofertada consegue proporcionar como resultado realidade condizente com uma ordem jurídica justa (WATANABE,2011)..

Isso se dá, uma vez que à função jurisdicional cabe, além da recepção e apreciação dos conflitos sociais, a necessidade de oferecimento de uma resposta célere, adequada e eficaz. Somente diante desta perspectiva é que se pode falar em efetivação do direito de acesso à justiça. (CAPPELLETTI, 1988).

Sendo assim, a função jurisdicional só consegue atingir seu êxito quando, ao ser provocada, entrega à sociedade e as partes uma tutela que se mostra capaz de resolver a problemática e pacificar o conflito no plano social, ou seja, espera-se da função jurisdicional, em atendimento ao acesso à justiça, a contemplação de uma ordem jurídica justa (WATANABE,2011).

Desta forma, quando a prestação jurisdicional é exaurida e, em algum grau ou intensidade, não se consegue contemplar uma resposta célere, adequada e eficaz, na mesma proporção, ela se mostra falha.

Aplicando-se esta ideia à esfera penal, vê-se que a prestação jurisdicional e a pacificação materializam-se na ideia de pena justa, efetiva e adequada, somada à conscientização do infrator e à organização da sociedade. Logo, em termos de efetivação do direito de acesso à justiça, a jurisdição penal não se exaure com a prolação da sentença penal que fixa uma determinada pena, mas sim, abarca ainda o cumprimento da pena e observância de seus fins. Desta forma, exige a observância fria do cumprimento da lei penal, em relação a adequação da conduta ao tipo penal antijurídico e culpável, mas também exige atenção à pessoa da vítima e do infrator, partes de um todo jurídico, mas antes social, que muitas vezes são negligenciadas.

A pena privativa de liberdade tem se mostrado como resultado da tutela penal, hoje, em grande parte dos processos, no entanto, traz consigo os dados alarmantes já expostos anteriormente que parecem

não concretizarem a ideia da pacificação social, tão buscada pelo acesso à justiça, em relação, principalmente, a função da pena no que diz respeito ao infrator e a sensação de justiça em relação à vítima. Ao que tudo indica, há algum ponto de desequilíbrio entre o que se busca atingir, diante do conceito de acesso à justiça, e o que se observa diante da aplicação da pena privativa de liberdade como resultado da prestação jurisdicional penal, pois os dados evidenciam que a resolução do conflito se opera no plano jurídico, mas está longe de se operar no plano social.

Neste ponto, importante compreender que considerar adequada a forma como se pune, hoje no Brasil, não pode se limitar à observância de mera previsão legal dos tipos penais e das penas abstratas por eles elencadas, em uma postura friamente legalista. A punição adequada, que respeita e efetiva o conceito de acesso à justiça, vai muito além deste contexto, ela necessita proporcionar resposta social de pacificação, ou seja, ela necessita observar o fato social, a pena, o infrator e a vítima, sob pena de grave violação constitucional.

O sistema penal ainda tem enraizada a ideia de punição ligada a restrição de direitos em relação à pessoa do infrator como sanção penal mais comum e adequada. Confirma-se a referida ideia, até mesmo, quando se observa a estrutura das previsões legislativas penais, que são formadas, em sua maioria, pela descrição da conduta típica, somada a previsão da pena a ser aplicada.

Seria ingênuo e descabido apontar como absolutamente inadequada a forma como, atualmente, a legislação penal conduz a apreciação de seus fatos sociais, no entanto, seria, tão, absolutamente inadequado apontar que o referido tratamento é suficiente e consegue proporcionar resposta social pacificadora. Isso se dá pela evidência basilar de, além dos dados já apontados anteriormente, que alguns elementos de importante observância no cenário de tratamento social

penal estão excluídos da apreciação legislativa, em especial, cita-se a vítima e o próprio infrator em alguns aspectos fundamentais, como seus direitos fundamentais e da personalidade. Explica-se.

Em sua esmagadora maioria de casos, a pena privativa de liberdade ainda é utilizada como forma de se punir. Observa-se, neste interim, em relação à vítima, que a mesma passa a assumir, no contexto atual de punição, papel secundário e instrumental no processo penal, uma vez que é utilizada, apenas, como meio de prova, sendo negligenciada em seu aspecto pessoal, ficando a margem, na maior parte dos casos, de uma resposta de caráter pessoal e indenizatório. Salienta-se que o caráter indenizatório, aqui, relatado, embora possa abarcar uma resposta material, a ele não se limita, uma vez que diz respeito a sensação de satisfação e justiça experimentada pela vítima, em relação a maneira como o delito foi solucionado, fonte primária, inclusive, da ideia de pacificação social.

Em relação a pessoa do infrator, a tutela penal parece resolver a problemática aplicando-lhe penas que, embora privativas de liberdade, respeitam os limites legais de observância dos direitos fundamentais, no entanto, na maioria das vezes, a pena privativa de liberdade não tem atingido suas finalidades teóricas e, de forma bastante problemática, acarreta em punição dupla e quase que perpetua e definitiva para o infrator, mesmo após o cumprimento da pena nos termos previstos na lei, ou seja, os efeitos nocivos da punição transcendem, socialmente analisados, os limites temporais de seu cumprimento, em flagrante violação dos direitos da personalidade do infrator.

Diante deste cenário, o direito de acesso à justiça esta longe de ser efetivado nos moldes como a prestação jurisdicional penal acontece. A uma, pois parece solucionar o conflito social, apenas, de forma parcial, excluindo da sua apreciação fatores importantes, tais

como a vítima. Noutro ponto, pois, ainda que se ofereça uma solução – punir o infrator nos termos da lei – a punição não se mostra como a mais adequada, pois não tem conseguido atingir os fins a que se propõe.

6 JUSTIÇA RESTAURATIVA SOB A PERSPECTIVA DA RESOLUÇÃO DA ONU N. 12/2002: UMA ALTERNATIVA ADEQUADA

A maneira como se pune, hoje, no Brasil parece já não mais atender, em todos os seus casos, os anseios, não só constitucionais, mas também sociais. Além dos diversos problemas enfrentados com a excessiva lotação dos presídios, encarcerar pessoas não tem resolvidos os problemas, já que não se diminui o número de delitos cometidos, não se proporciona sensação de justiça para as vítimas, não se conscientiza e ressocializa o infrator. O cenário merece revisão.

Não somente a sanção penal deve ser revista, mas sim, todo o sistema punitivo, uma vez comprometida a parte, o todo, representado pela função jurisdicional, também se compromete.

O sistema judicial, de natureza heterocompositiva, no qual um terceiro é responsável pela análise do fato social e apontamento de uma solução, não se mostra como o mais adequado para apreciar conflitos sociais multifacetados e complexos, como se evidencia na esfera penal, pelo fato, até simplório, de ignorar uma parte dos envolvidos, silenciando-os, o que não parece ser uma postura adequada de pacificação

Neste contexto, observa-se o sistema formado pela justiça restaurativa como forma de solução mais adequada.

A justiça restaurativa forma um sistema em que o foco de solução é alterado, quando comparado ao modelo tradicional jurisdicional de solução de conflitos, já que não tem por objetivo

apurar a culpa do infrator, mas sim, busca proporcionar um ambiente de diálogo, no qual, observa-se, também, a necessidade da vítima.

Veja que a principal ideia do sistema de justiça restaurativa é criar um ambiente de diálogo, no qual, as partes consigam se manifestar de forma autônoma, buscando, conjuntamente, formas de reconhecimento dos fatos, responsabilizações proporcionais e identificação das posições assumidas e reparações adequadas.

Desliga-se, assim, das posições assumidas em um processo penal tradicional, ou seja, da posição de acusado, acusação e vítima, volta-se para um cenário composto por pessoas em situação de isonomia, no qual o ponto de conflito é a violação da lei e a melhor forma de absorver-se os impactos negativos dessa violação. Neste ponto, a solução parece aproximar-se do sentimento de satisfação, o que, por via reflexa, aumenta a sensação de justiça das partes envolvidas.

A Resolução 2002/12, editada pelo Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas – *Economic and Social Council* (ECOSOC), em 24 de julho de 2002, propõe princípios comuns na aplicação de programas de JR a serem adaptados às práticas processuais criminais por parte dos Estados membros, assim como o Brasil.

De acordo com a Resolução 2002/12 do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas a justiça restaurativa é “uma resposta evoluída ao crime que respeita a dignidade e a igualdade das pessoas, gera compreensão e promove a harmonia social recuperando vítimas, infratores e comunidades”³ (UNITED NATIONS, 2002).

A Resolução propõe princípios básicos para utilização de programas de justiça restaurativa em matéria criminal, o qual significa

³ No original: “*restorative justice is an evolving response to crime that respects the dignity and equality of each person, builds understanding, and promotes social harmony through the healing of victims, offenders and communities*”.

qualquer processo no qual a vítima e o ofensor, e, quando apropriado, quaisquer outros indivíduos ou membros da comunidade afetados por um crime, participam ativamente na resolução das questões oriundas do crime, geralmente com a ajuda de um facilitador. Os processos restaurativos podem incluir mediação, conciliação, conferência e círculos de sentença⁴ (UNITED NATIONS, 2002).

As resoluções e as decisões são expressões formais da opinião ou da vontade dos órgãos das Nações Unidas. A natureza da resolução determina se é considerada vinculativa nos Estados-membros, podem ser obrigatórias, tais como as resoluções adotadas pelo Conselho de Segurança, cujo texto tem valor jurídico vinculativo⁵, ou facultativas, com caráter de recomendação, consistindo apenas em propostas de ação, possuindo força moral e política, mas não jurídica.

Embora a Resolução 2002/12 não tenha força obrigatória, esta consiste na expressão da vontade dos Estados-membros, oportunizando a confecção de normas jurídicas internas, de modo

⁴ No original: “*Restorative process means any process in which the victim and the offender, and, where appropriate, any other individuals or community members affected by a crime, participate together actively in the resolution of matters arising from the crime, generally with the help of a facilitator. Restorative processes may include mediation, conciliation, conferencing and sentencing circles.*”

⁵ Conforme artigo 25 da Carta das Nações Unidas: “[o]s membros da Organização comprometem-se a aceitar e aplicar as decisões do Conselho de Segurança conforme a presente Carta” (BRASIL, 1945). No Brasil, as Resoluções do Conselho de Segurança da ONU são implementadas por decretos, conferindo execução em território nacional, a exemplo da Resolução nº 1.373/2001, do Conselho de Segurança da ONU, que visa a estabelecer medidas para o combate ao terrorismo. No Brasil, o Decreto 3.976/2001 estabelece que as autoridades brasileiras obrigadas, no âmbito de suas respectivas atribuições, ao cumprimento do disposto na Resolução.

horizontal, a exemplo do que ocorreu inicialmente no Brasil, com a edição da Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), de 29 de novembro de 2010.

A recomendação internacional reconhece não só a existência, mas também a validade jurídica das práticas e acordos restaurativos e estimula que os Estados, monopolizadores do *ius puniendi*, as respeitem, propondo um ambiente não jurisdicionalizado para que as partes possam resolver os seus problemas intersubjetivos e comunitários sem ter como escopo a aplicação de uma pena aflitiva prevista em lei (PAULO; SILVA, 2022, p. 14-15).

Sendo assim, o que se percebe é que a justiça restaurativa já se trata de técnica reconhecida e recomendada internacionalmente, uma vez que, a forma de punir já não vem, há certo tempo, manifestando contentamento em relação a seus objetivos.

De forma geral, no modelo restaurativo, aborda-se o contexto da infração à lei sob nova perspectiva, na qual busca-se apurar as necessidades criadas pelas partes diante do fato, assim como identifica as obrigações surgidas e tenta buscar opções de reparação, de modo a tentar evitar uma reincidência (ACHUTTI, 2012).

O método abarca todas as pessoas envolvidas com a questão, não somente vítima e ofensor, mas todos que de alguma forma tenham interesse ou tenham sofrido as consequências das atitudes de violação da norma, ou seja, busca-se a satisfação de todos os envolvidos na questão.

As soluções que se podem alcançar, a princípio, não sofrem restrições, desde que sejam apontadas como aquelas que satisfaçam a vontade das partes e estejam dentro do espectro permissivo da lei. Cita-se, neste contexto, que a punição pode materializar-se por meio de uma reparação material, um pedido público de desculpas, o financiamento

de um tratamento psicológico, uma prestação de serviços a comunidade, entre tantas outras modalidades.

Desta forma, vê-se que a justiça restaurativa busca atuar em, ao menos, dois vieses, sendo o primeiro deles a abordagem da questão em relação ao infrator, buscando que este compreenda a sua atitude e as consequências dela.

No segundo viés, a justiça restaurativa, envolve a vítima e proporciona a ela espaço para manifestar-se oportunizando, não somente, formas de reparação dos danos materiais experimentados, mas também dos danos psicológicos.

Neste contexto, observa-se que, a partir de uma visão de conscientização da vítima, sobre o que passou, e do infrator, sobre o que praticou, dificilmente, as vontades de ambos se aglutinam no sentido de entender a pena privativa de liberdade como uma resposta adequada a satisfação dos interesses, não somente, de ambos, mas também da sociedade.

Isso se dá pois, na maioria das vezes, os interesses envolvidos na questão apontam para lacunas emocionais ou materiais, de forma que a solução do conflito somente será experimentada de forma satisfatória, por ambos, se tais lacunas forem preenchidas. A vítima anseia vivenciar situações nas quais sintam-se acolhida e consiga ver o infrator praticando atos que acarretem um sentimento de reparação. Logo, encarcerar o infrator não parece atingir tais finalidades, pois não traz resolução para os problemas enfrentados pela vítima no plano prático, a não ser, um sentimento momentâneo de vingança.

No mais, em relação ao infrator, dificilmente este entenderá, em seu interior, o encarceramento como algo adequado a sua reflexão e conscientização com finalidade de prevenção especial. Aceita a punição aquele que compreende sua responsabilidade sobre o fato praticado. Indo um pouco além, aquele que se responsabiliza,

normalmente, tem desejo de apagar as marcas de seus atos, pois experimenta um sentimento de culpa, ou seja, consegue entender o caráter reprovável de sua conduta, desejando neutralizar ou, ao menos, amenizar os efeitos danosos provocados. É claro observar que o encarceramento não se presta a esta finalidade.

O encarceramento, portanto, parece não atender as necessidades das partes envolvidas no fato social penal, no entanto, no modelo tradicional de solução de conflitos, ainda é a maneira mais comum de se sancionar o infrator do delito.

Neste ponto, a justiça restaurativa se mostra como alternativa interessante para a efetivação do acesso à justiça no âmbito da adequação e da eficácia. Assim como se mostra adequada a concreta pacificação social e exaurimento das finalidades da pena, em relação ao infrator.

Comprova-se a tese de concretização do acesso à justiça pela observância da adequação e da eficácia, pois a justiça restaurativa trata o conflito de maneira integral, atendendo aos anseios e aflições de todas as partes envolvidas, o que inclui a própria sociedade. Ao proporcionar uma resposta que, a princípio, consegue trazer uma sensação maior de justiça, acaba por acarretar resultados que gerem maior adesão pelas partes e, por consequência, tornem as respostas ofertadas para o conflito mais eficazes, pacificando-se o conflito, não somente do ponto de vista numérico e jurídico, mas também, e principalmente, do ponto de vista social.

Em relação aos fins da pena, deve-se atentar para alguns pontos. Embora a própria lei assegure a proibição de que as penas não violem os direitos e garantias fundamentais e a pena privativa de liberdade observe esta premissa, do ponto de vista formal, do ponto de vista social, os reflexos são diversos.

Para se compreender melhor questão, tem-se que a pena guarda relação com dois vieses de análise neste estudo, um de finalidade funcional (do próprio sistema jurídico) e outro de finalidade pessoal (em relação ao agente e a vítima).

No contexto funcional, a pena privativa de liberdade, como prevista em lei, é constitucional, pois em tese, da forma como deve ser praticada, por período determinado, fixada de acordo com parâmetros legais e em estabelecimentos penais supervisionados, ela observa sua diretriz principal de obediência e observância aos direitos fundamentais do preso.

Desta forma, parece evidente que a pena privativa de liberdade não viola direito fundamental ou dignidade de forma direta, no entanto, quando analisa-se a situação do ponto de vista pessoal, da figura do ex detento e sua posição perante a sociedade, fica clara a discriminação sofrida, logo, não é a pena que é indigna ou viola os direitos desse cidadão, mas sim, as marcas por ela deixadas no histórico daquela pessoa, o caráter pejorativo e negativo atribuído à alguém que se submeteu a seu regime, os quais, normalmente, se perpetuam.

A pena privativa de liberdade, portanto, não viola diretamente a dignidade da pessoa humana, no entanto, o peso social de tê-la suportado, faz com que a condenação se perpetue, ainda que a vida já ocorra fora das celas dos presídios.

É inegável que os fins buscados pelo ato de se punir, no sistema, restam prejudicados, já que, a título de exemplo, a ressocialização enfrenta obstáculos, em razão do alto grau de reprovabilidade, não só da conduta penal praticada de forma pretérita, mas sim, pelo próprio ato de se ter sido punido com uma pena privativa de liberdade e se carregar tal marca em seu histórico de vida. A pena privativa de liberdade deixa marcas que transcendem o exercício do *ius puniendi*, atingindo

diretamente os direitos de personalidade do cidadão em sua vida pós cumprimento.

A conotação negativa que a mesma atribui à pessoa que a ela se submete, infelizmente, não se apaga com seu cumprimento dentro dos modos e lapsos temporais estabelecidos pelo Estado, logo, a pena não se perpetua, mas suas consequências, sim.

Nestes termos, embora constitucional, do ponto de vista formal, a pena privativa de liberdade não parece ser a forma mais adequada de se punir, pois afasta o escopo de ressocialização, perseguido pelo sistema jurídico, culminando em uma experiência de segregação social, perpetua, pelo infrator, mesmo que já tenha cumprido a pena dentro dos limites jurídicos arbitrados.

No que diz respeito a prevenção especial, aspecto que liga-se a consciência do infrator sobre a reprovabilidade de sua conduta e inadequação de repetição, a justiça restaurativa mostra índices de reincidência muito menores do que aqueles apontados pelo infratores submetidos ao julgamento e punição pelo sistema tradicional.

Ao que tudo indica, a justiça restaurativa tende a atingir, com maior intensidade, os fins da pena, assim como, de forma reflexa, colocar a punição no âmbito penal em maior sintonia com os preceitos perseguidos pela jurisdição.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O sistema penal brasileiro, há algum tempo, enfrenta muitas dificuldades de consolidar de seus fins de forma efetiva. A análise da questão sob a perspectiva cultural da utilização da pena privativa de liberdade e o exacerbado encarceramento de pessoas só evidenciam e fundamentam uma situação que já é notória, qual seja, há uma

necessidade latente de alteração das bases do sistema jurisdicional de punição no Brasil.

O direito deve ser entendido como um sistema. No caso da ordem jurídica interna, o sistema brasileiro possui eixo axiológico bastante delineado e antropocêntrico, com fundamento na dignidade da pessoa humana, o que importa dizer que o caminhar da sociedade, acompanhado pelo desenvolvimento legal, deve se atentar para o respeito aos direitos fundamentais de forma geral e, em especial, aos de personalidade, valorizando o ser humano em sua esfera mais privada.

Sendo assim, não é adequado que se discuta eventual alteração do sistema punitivo sem observar a pacificação social e a ordem jurídica justa, perseguida pelo direito fundamental de acesso à justiça, e o respeito a pessoa humana, seja em seu sentido mais lato, assegurado pela dignidade humana, seja em sentido mais estrito, contemplado pelos direitos da personalidade.

Desta forma, qualquer alteração deve ter por base tais premissas, sob pena de se mostrar ineficaz ou até mesmo inconstitucional. Partindo deste prisma e também, pensando o sistema jurídico penal com suas finalidades específicas de retribuição, prevenção geral e especial e organização social, o qual enxerga o fato social penal como multifacetado e complexo, parece ser a justiça restaurativa o método mais adequado e com maiores chances de concretização das premissas buscadas.

Ao se basear em uma perspectiva horizontal de abordagem e posição das partes, ideias de responsabilização e conscientização, acolhimento e diálogo, a Justiça restaurativa abordar o conflito evidenciado pela prática do delito em todos os seus aspectos, culminando em maior satisfação das partes, ou menos, em um sentimento de compreensão a respeito das decisões tomadas, como

sendo as possíveis e mais adequadas. Tal postura acaba por acalmar o sentimento de vingança, ora experimentado pela vítima, ou injustiça em relação a pena, observado pelo infrator. Diminuindo-se as emoções latentes, a visão objetiva se opera, passando, então, a existir condições de eleição de critérios objetivos para estabilizar o conflito ou amenizar seus impactos, evidenciando-se um cenário de soluções mais rápidas, adequadas e eficazes do que aquelas impostas pelo sistema processual jurisdicional tradicional.

Somado a isso, verifica-se que, na maioria dos casos, a solução apontada, de comum acordo, como sendo adequada e que atende ao interesse das partes não corresponde àquela adotada pelo sistema jurisdicional tradicional, que é a pena privativa de liberdade. Portanto, na maior parte das vezes, além de se atingir um grau de satisfação maior entre as partes e um nível de pacificação social próximo ao ideal, apaga-se a marca social negativa da existência de condenação ao cumprimento de pena privativa de liberdade por parte do infrator, fato de suma importância para sua ressocialização e afastamento da condição, quase certa, de segregação social automática e perpetua gerada pela existência de tal sanção em seu histórico de vida progressiva.

Nestes termos não se está a defender um mecanismo de solução de conflitos apenas, se está a defender um mecanismo que parece se coadunar em maior intensidade com os valores sociais e jurídicos perseguidos, que, uma vez materializados efetivamente, de forma incontroversa os ditames consuetudinários.

BIBLIOGRAFIA

ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça restaurativa e abolicionismo penal:**

contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil. 2012. 36 f. Tese (Doutorado em Ciências Criminais) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012. Disponível em: <https://tede2.pucrs.br/tede2/handle/tede/4901>. Acesso em: 14. mar. 2023.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto nº 19.841, de 22 de outubro de 1945**. Promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm. Acesso em: 07. mar. 2023.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

BITENCOURT, César Roberto. **Falência da pena de prisão**. 3ª ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2013.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Fabris, 1988.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça Restaurativa: horizontes a partir da Resolução CNJ 225. Coordenação: Fabrício Bittencourt da Cruz – Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: <https://bityli.com/lGc5h>. Acesso em: 11/03/2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Seminário de Justiça Restaurativa: mapeamento dos programas de justiça restaurativa.

Brasília: CNJ, 2019. Disponível em: <https://bityli.com/W8mlz7>. Acesso em: 09/03/2023.

FARIAS JÚNIOR, João. **Manual de criminologia**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 1996.

FOUCAULT, Michael. **Vigiar e Punir**. Petrópolis: Editora Vozes, 2001.

MASSON, Cleber. Direito Penal: parte geral (arts. 1º ao 120) - vol. 1. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019.

NAÇÕES UNIDAS. Escritório sobre Drogas e Crime. **Manual sobre programas de justiça restaurativa/Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime**; Trad. Cristina Ferraz Coimbra; Kelli Semolini. 2. ed. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2021. Disponível em: <<https://bityli.com/Wg1qP>> Acesso em: 10 mar. 2023.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1991.

PAULO, Alexandre Ribas de; SILVA, Valine Castaldelli. A implementação dos postulados da justiça restaurativa no âmbito criminal brasileiro . **Seqüência Estudos Jurídicos e Políticos**, [S. l.], v. 42, n. 89, p. 1–26, 2022. DOI: 10.5007/2177-7055.2021.e77354. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/77354>. Acesso em: 14 mar. 2023.

PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

UNITED NATIONS. Economic and Social Council. **ECOSOC Resolution 2002/12**. Basic principles on the use of restorative justice programmes in criminal matters. Disponível em: <https://www.un.org/en/ecosoc/docs/2002/resolution%202002-12.pdf>. Acesso em 07 mar. 2023.

WATANABE, Kazuo. Política Pública do Poder Judiciário Nacional para Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses. In: **Conciliação e Mediação: Estruturação da Política Judiciária Nacional**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.