



FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Justiça Restaurativa na perspectiva sistémica de Niklas Luhmann

Odair José Jaeger

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Direito, em Ciências Jurídico-Criminais, sob a orientação da Professora Doutora Cláudia Maria Cruz Santos

Coimbra, Junho de 2018

“Quanto mais direito, mais injustiça. A vontade do legislador não é de tal modo infalível e absoluta para que seja necessário desembainhar o gládio para punir a mínima infração aos seus decretos. Não é a lei de tal modo rígida e estóica, que coloque no mesmo nível todos os delitos e todos os crimes, e não estabeleça diferença alguma entre matar um homem e roubá-lo. Se a equidade não é com efeito palavra vã, existe um abismo entre essas duas acções”.

Tomás Morus, A Utopia

Resumo

A proposta deste trabalho é a de procurar uma aproximação entre o pensamento restaurativo e a teoria sistémica de Niklas Luhmann, buscando compreender a justiça restaurativa como um subsistema autónomo de comunicação social que surge na contemporaneidade, na perspectiva que aqui se adota, como forma de reduzir a complexidade do sistema penal, que, desjudicializada, seleciona do crime o sentido restaurativo para operar na dimensão interpessoal do conflito, visando alcançar uma justiça subjetiva que atenda a necessidade real dos intervenientes, considerando, cada um destes, como um sistema pessoal dotado de autonomia para gerir o próprio conflito. Para tanto, partiremos da análise de alguns conceitos da teoria luhmanniana que, segundo se crê, permite tal aproximação e, ao final, refletiremos sobre a justiça restaurativa numa perspectiva sistémica.

Palavras-Chave: Justiça Restaurativa, Complexidade, Comunicação, Sentido, Sistema Restaurativo.

Abstract

The purpose of this work is to seek an approximation between restorative thinking and Niklas Luhmann's systemic theory, seeking to understand restorative justice as an autonomous subsystem of social communication that emerges in the contemporary world, in the perspective adopted here, as a way of reducing the complexity of the criminal system, which, without being jurisdictionalised, selects from the crime the restorative sense to operate in the interpersonal dimension of the conflict, aiming at achieving a subjective justice that meets the real need of the actors, considering each of them as a personal system endowed with autonomy to manage the conflict itself. To do so, we will start from the analysis of some concepts of Luhmann's theory that, it is believed, allows such an approximation and, in the end, we will reflect on restorative justice from a systemic perspective.

Keywords: Restorative Justice, Complexity, Communication, Sense, Restorative System.

Índice

Siglas e abreviaturas	5
Notas introdutórias.....	6
Capítulo I – O pensamento de Luhmann – alguns conceitos essenciais.....	14
a) Conceito de sociedade na perspectiva luhmanniana.....	14
b) Distinção entre comunicação interna e comunicação sistémica.....	18
c) Da complexidade social e seus reflexos no sistema penal.....	20
d) Da seleção do sentido restaurativo.....	31
Capítulo II – Justiça Restaurativa como subsistema social.....	37
a) Da autonomia sistémica da Justiça Restaurativa.....	37
b) Do sentido da justiça do Sistema Restaurativo.....	54
c) Do “ <i>locus</i> ” do Sistema Restaurativo.....	63
d) Do “encontro restaurativo”.....	66
Considerações finais	76
Referências Bibliográficas.....	81

Siglas e abreviaturas

Art. – Artigo

BIBCC – Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

CES – Conselho Econômico e Social das Nações Unidas

Cfr. – Confira, confronte

CP – Código Penal

CPP – Código de Processo Penal

CRP – Constituição da República Portuguesa

Ed. – Edição

Et al – E outros

FDUC – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

I. e. – *ed est* (isto é, é dizer)

MP – Ministério Público

N.º – Número

ONU – Organização das Nações Unidas

Op. cit. – Obra citada

P. – Página

Ps. – Páginas

Reimpr. – Reimpressão

RPCC – Revista Portuguesa de Ciência Criminal

Ss – Seguintes

V.g. – *Verbi Gratia* (por exemplo)

Notas introdutórias

A alta complexidade gerada pelo populismo punitivo hodierno que traz para o direito penal inúmeras questões que quiçá não merecessem a sua ingerência periga levar o sistema penal ao colapso, vez que o ativismo legislativo alimenta uma falsa percepção social de que a ampliação do poder estatal de punir é a única proposta viável para debelar os problemas relativos às pessoas envolvidas em situações de violência e em conflito com a lei¹. O resultado desse populismo é a hipertrofia do sistema, haja vista que para dar conta da imensidão de transgressões que abarca e que angustiam a sociedade na contemporaneidade, mormente as de pequena ofensividade, o direito penal foi forçado a expandir-se², de tal maneira, que de *ultima ratio* corre o risco de passar a atuar na sociedade como se de *prima ratio* fosse.

Mesmo não podendo corrigir totalmente as deficiências da seleção ou de uma definição de crime arbitrária, o direito processo penal, procura ser, pelo menos, através de um conceção material de crime constitucionalmente apoiada, uma instância racionalizadora de distinção de casos segundo critérios razoáveis de justiça e uma antecipação dos fins reparadoras das penas³. Assim, o direito adjetivo fez uma importante e decisiva distinção entre pequena criminalidade (uma das manifestações típicas da sociedade moderna) e criminalidade grave e é com olhos postos nessa específica área da fenomenologia criminal (pequena criminalidade) que se pode falar,

¹ Cfr. Marcelo Nalesso SALMASO, *Uma mudança de paradigma e o ideal voltado à construção de uma cultura de paz*, Justiça Restaurativa: horizontes a partir da resolução CNJ 225, p. 18-28. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/08/4d6370b2cd6b7ee42814ec39946f9b67.pdf>. Acesso 02 março 2017.

² Jesus Maria Silva SANCHES em sua obra “A expansão do direito penal”, onde desenvolve a teoria das velocidades do direito penal já observava que o conjunto de fenômenos sociais, legais e políticos, decorrentes de uma sociedade supercomplexa, gera uma cumulação de efectos no direito penal que configuram o que chamou de “expansão”, v.g., à flexibilização do político-criminoso as regras de imputação e em particular aqueles relativos ao aumento e extensão de sanções. Segundo o Autor, o Direito Penal dito de primeira velocidade é um modelo de Direito Penal liberal-clássico que se utiliza preferencialmente da pena privativa de liberdade, mas se funda em garantias individuais inarredáveis. O Direito Penal de segunda velocidade é o modelo que incorpora duas tendências (aparentemente antagônicas), a saber, a flexibilização proporcional de determinadas garantias penais e processuais aliada à adoção das medidas alternativas à prisão (penas restritivas de direito, pecuniárias, etc). E o Direito Penal de terceira velocidade, refere-se a uma mescla entre as características acima, vale dizer, utiliza-se da pena privativa de liberdade (como faz o Direito Penal de primeira velocidade), mas permite a flexibilização de garantias materiais e processuais (o que ocorre no âmbito do Direito Penal de segunda velocidade). (Jesus Maria Silva SÁNCHEZ, *La expansion del derecho penal: Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Segunda Edición, Revisada y Ampliada, Madrid: Civitas, 2001, p. 159 ss.). No entanto, essa expansão evolutiva do direito penal, segundo se julga, deve ser interpretada apenas como uma *mudança* ocorrida no sistema penal e não como um *avanço* que o tenha tornado melhor, haja vista que evoluir não significa necessariamente que houve uma melhoria. O estado clínico de um doente, por exemplo, pode evoluir para um estado mais grave ou mesmo para o óbito.

³ Maria João ANTUNES, *Direito Processual Penal*, Coimbra: Edições Almedina, 2017, p. 12.

cada vez com maior insistência, em termos de oportunidade, diversão, informalidade, consenso, celeridade⁴.

No âmbito do processo penal foram criadas soluções desviadas/divertidas de que são exemplos os artigos 280º e 281º do CPP, que, respectivamente, possibilitam o arquivamento em caso de dispensa de pena e permitem a suspensão provisória do processo, bem como a solução de mediação penal permitida pela Lei nº 21/2017, de 12 de junho. Porém, tais soluções, por se destinarem a atender uma dimensão pública, não são suficientes para resolver de forma efetiva o problema da criminalidade, uma vez que esta também reclama uma atenção para a dimensão (inter)pessoal que se origina com o crime e dele se alimenta, antes decorrem, segundo Maria João ANTUNES, de uma exigência processual de não sobrecarregar os tribunais penais com todo o tipo de questões⁵, ou seja, é o direito adjetivo preocupando-se primariamente em descongestionar o direito substantivo.

Gerar expectativas sociais punitivas para questões que quiçá não merecessem a ingerência do direito penal, além de sobrecarregar os tribunais penais, acarretam dificuldades outras para o próprio sistema, porquanto, nos termos do artigo 40.º, n.º 1, do Código Penal, a pena não só tem por finalidade a proteção dos bens jurídicos, mas também objetiva a reintegração do agente na sociedade, e, uma vez submetendo um indivíduo ao enfrentamento de um penoso processo criminal, mesmo que no curso deste seja a ele concedido o benefício de uma solução de diversão, levando em conta que, para o senso comum, a mera incidência criminal sobre um facto atribuído à conduta de alguém parece ser causa suficiente para a estigmatização, após puni-lo, o sistema penal suportará o ônus que decorre da difícil missão de reintegrá-lo à sociedade.

Conquanto, para preservar a identidade do agente, nos termos do artigo 32º, nº 2, segunda parte, da CRP, lhe é garantido o julgamento no mais curto prazo compatível com as garantias da defesa e, no que tange à pequena criminalidade, busca-se uma maior celeridade e eficiência na administração da justiça através do processo sumaríssimo como forma especial de processo destinado ao controle de tal criminalidade, sem os custos, pelo menos em tese, duma estigmatização e dum

⁴ Cfr. *Exposição de motivos* do Decreto-Lei nº 78/87, de 17 de fevereiro, diploma que aprovou o CPP vigente, parte II, ponto 6., a).

⁵ Maria João ANTUNES, ob., cit., p. 9.

aprofundamento da conflitualidade no contexto de uma audiência formal⁶. Entretanto, em que pese os esforços de celeridade e eficiência como formas de preservar a identidade do agente, favorecendo o alcance futuro da finalidade punitiva de reintegração social, parece que, por si só, não é suficiente, pois o atingimento de tal finalidade requer uma incursão na dimensão interpessoal do crime e, para tanto, reclama uma cooperação do agente, ou seja, torna-se imprescindível um comportamento ativo dele para que se possa alcançar uma compreensão subjetiva da função social da punição. Isso porque o agente comumente se sente vítima da sociedade e vê na pena um mal⁷ a ele imposto e, não obstante a justiça penal estar baseada em um estrito direito penal do facto e não do agente, preocupando-se, assim, com a inclusão de mecanismos orientados para a sua ressocialização, notadamente, falta-lhe métodos dialógicos humanizados, que prime pela autonomia dos intervenientes, para operar na dimensão (inter)pessoal dos conflitos originados com o episódio criminoso.

Outro ponto que não se deve olvidar e que sustenta a importância de se atentar para a necessidade da autonomia das partes na busca da pacificação social é que o agente conserva o *status* de *sujeito de direitos* na sua submissão ao sistema penal, condição esta imprescindível para garantir seus direitos fundamentais, mormente quando a justiça penal lhe pune por comportamentos ofensivos aos bens jurídicos que tutela, ou seja, quando a punição realiza sua finalidade de *proteção de bens jurídicos*. Porém, quando o assunto é o alcance da finalidade punitiva de *reintegrar o agente à sociedade*, tratá-lo como mero sujeito de direitos parece que mais atravanca do que propulsiona o alcance de tal finalidade, pois esta requer uma cooperação especial do agente na

⁶ *Loc., cit.*, nota 4.

⁷ Compreendendo a pena como um mal institucionalizado que pretenda teoricamente se transfigurar em um bem, ou seja, pretenda dar origem a algum bem futuro (Cfr. Cláudia Cruz SANTOS, *A Justiça Restaurativa: Um modelo de reacção ao crime diferente da Justiça Penal: Porquê, para quê e como?* Coimbra: Coimbra Editora, 1.ª Ed., 2014, ps. 331-348.), não nos parece que na prática o sistema penal por si só consiga fazer com que o punido internalize essa compreensão, pois, cuidando da dimensão pública do crime, aplica a pena coercitivamente a um indivíduo que é despojado de sua identidade e tratado no processo criminal como mero sujeito de direitos e, por isso, o impede de assimilar a gravidade de seu comportamento e a necessidade da pena com escopo a sua ressocialização, pois se reduz o pessoal ao social, restando ao agente tão-só a atitude de reivindicante beneficiário, ou seja, deixa de ser pessoa assumida e converte-se unicamente em sujeito de direitos e nestes se esgota. De modo que, parece-nos que só se mostra crível metamorfosear um mal num bem através de um processo dialógico onde o indivíduo seja reconhecido na sua humanidade e que também ele próprio seja capaz de agir de forma espontânea ou auxiliada com empatia para com os outros. Isso implica a devolução de toda a complexidade do mundo ao indivíduo, reconhecendo a sua autonomia individual e a sua capacidade de observar o seu próprio observar e de seus pares, de se colocar no lugar do outro, ou seja, como veremos adiante, implica o reconhecimento do indivíduo, numa perspectiva luhmanniana, como um sistema pessoal autorreferente capaz, por si mesmo ou com ajuda de terceiros, de uma observação de segunda ordem.

qualidade de ser humano e não de reivindicante beneficiário de direitos. Tal tratamento, no nosso sentir, o impede de assumir a sincera responsabilidade pelo ato praticado e de assimilar a pena como necessária à sua ressocialização, pois, ao reduzir o pessoal ao social, no sentido de que sua reintegração é problema que a sociedade deverá resolver, parece sugerir ao agente tão-só a atitude passiva, ou seja, deixa de ser ele uma pessoa assumida que se responsabiliza pelos seus atos e converte-se unicamente em sujeito de direitos e nestes se esgota⁸.

Além do problema referido à observância do princípio da socialização do agente, ainda deve-se considerar a vítima concreta do delito e seus interesses de restabelecimento de autoestima e autodeterminação que não raras vezes ficam, por assim dizer, esquecidos durante a persecução penal e, em que pese os ensinamentos de Germano Marques da SILVA de que processo moderno existe e se justifica como um instrumento ao serviço da realização do projecto democrático, visando a máxima eficiência dos direitos fundamentais e pautando-se pela dignidade da pessoa humana, o mesmo Autor afirma que o processo só existe para garantia dos direitos fundamentais do suspeito/arguido⁹. Embora tal afirmação não seja imune de impugnação, pode sustentar-se pela ausência de previsão legal de consulta à vítima quando da decisão de arquivamento em caso de dispensa de pena e suspensão provisória do processo (artigos 280º e 281º do CPP). Entretanto, se o projecto do processo penal é democrático também deve evidenciar a vítima concreta do delito, pondo em causa os seus interesses.

Se bem que a pequena criminalidade abarcada pelo direito penal somada ao problema da reintegração social do agente parece potencializar os abalos que já sofre o princípio da oficialidade, forçando o legislador, ao optar pela natureza do crime,

⁸ Nesse sentido, texto Dignidade da Pessoa Humana e Direitos do Homem, apresentado na Primeira Sessão de Trabalho da conferência sobre A Doutrina Social da Igreja, na aproximação do terceiro milénio, promovido pela Comissão Nacional Justiça e Paz, com a colaboração da Universidade Católica portuguesa, em comemoração dos 20 anos da Encíclica *Gaudium et Spes*, donde se extrai, em síntese, que a pessoa humana enfrenta dois problemas fundamentais: o da sua posição perante o ser, na existência e o da sua relação com o outro, na acção. Desses dois problemas decorrem dois perigos. O primeiro, metafísico, de entregarmos a sua solução aos ideólogos, vez que a ideologia absolutiza o relativo. O segundo, ético, e o que nos interessa, de aceitarmos unicamente para ele a solução dos políticos, pois o político absolutiza a heteronomia institucional, ou seja, total redução do pessoal ao social, no sentido de que todos os problemas humanos são problemas que a sociedade deverá resolver, devendo os homens tomar tão-só a atitude de reivindicantes beneficiários. Não a liberdade que na sua dignidade ética responsabiliza, mas a libertação que na sua exterioridade política se programa. O homem deixa de ser pessoa assumida, convertendo-se unicamente em sujeito de direitos e neles se esgota. (António CASTANHEIRA NEVES, *Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua metodologia e Outros*. Coimbra: Coimbra Editora, DIGESTA, vol. II, 2010, ps. 425-427).

⁹ Germano Marques da SILVA, *Direito Processual Penal Português*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 7ª ed., 2015, p. 19.

considerar os interesses da vítima real. Como exemplos dessa alegação citamos a exceção a esta limitação ao princípio de oficialidade que se encontra no art.º 113º n.º 5 do CP que determina que, ainda que se trate de crimes semipúblicos, o Ministério Público pode dar início ao procedimento criminal *sempre que o interesse do ofendido o aconselhar* e, se este for menor ou não possuir discernimento para entender o alcance e o significado do direito de queixa; ou ainda se o direito de queixa não puder ser exercido porque a sua titularidade caberia apenas ao agente do crime. Nos crimes particulares em sentido estrito a exigência é ainda maior, constituindo estes verdadeira exceção ao princípio da oficialidade, vez que, de acordo com o art.º 50º CPP, *não só é necessária a queixa nos termos supra referidos como é exigida ainda acusação particular*. O mesmo é dizer que depois de apresentar queixa e depois de findo o inquérito, *o ofendido, se pretender que o caso em questão seja sujeito a julgamento, tem de constituir-se assistente, pagar a respectiva taxa de justiça, e deduzir acusação*. O MP não pode por iniciativa própria acusar o infrator. Pode apenas acompanhar a acusação particular acusando pelos mesmos factos, por parte deles ou por outros desde que não importem uma alteração substancial daqueles. Mas quiçá o mais expressivo exemplo dessa hodierna pressão seletiva que provoca a crise do princípio da oficialidade seja o disposto no artigo 281, n.º 7, do CPP, onde o legislador prevê uma válvula de segurança aos crimes públicos de violência doméstica, ao permitir que o MP, *mediante requerimento livre e esclarecido da vítima, cumprido certos requisitos, determine a suspensão provisória do processo*. Ou seja, ainda que timidamente, percebe-se que o legislador não quer que o processo ande contra a vontade da vítima, mesmo tendo optado pela natureza pública do crime de violência doméstica.

Observa-se, dessa forma, que a vítima concreta do delito vem ganhando importância no âmbito processual, tendo seus interesses, pelo menos para alguns casos específicos e ainda de forma tímida, considerados no momento da opção legislativa pela natureza da acção penal. De maneira que não se pode negar os esforços das ciências criminais de evitar uma aproximação demasiada do direito penal com a sociedade, pois tal aproximação pode levar à condenação um indivíduo pelas mais banais transgressões sociais. Percebe-se, assim, que o sistema penal tem se aparelhado da melhor forma possível para cumprir sua função social considerando a dimensão pública do crime, ou seja, a justiça penal conhece de mecanismos de diversão e os utiliza na tentativa de evitar que o direito penal entre em colapso, mas não deixa de enfrentar uma complexidade que vem sempre brotando das novas criminalizações de

factos decorrentes da dita pequena criminalidade, bem como da originada da dificuldade de, por si só, cumprir a finalidade punitiva de reintegrar o agente à sociedade e, sobretudo, da oriunda dos interesses da vítima concreta do delito. Tal complexidade, que segundo se julga tem como centro de gravidade a dimensão (inter)pessoal do crime, ocasiona graves pressões do entorno que impõe ao sistema penal uma nova seleção. É considerando esses problemas que vamos refletir sobre a justiça restaurativa e seus contributos para o sistema penal, pois essa complexidade pode ser organizada a partir da atribuição de uma relevância à dimensão interpessoal do crime que, como se percebe, o direito penal deixa escapar, pois tem por objetivo o ordenamento da vida em sociedade, qualificando, por forma geral e abstrata, os comportamentos humanos em função dos bens jurídicos que considera valiosos e prescrevendo sanções para os comportamentos ofensivos desses bens¹⁰, ou seja, o fundamento da proteção penal é de bens jurídicos (dimensão pública indispensável à convivência do homem na sociedade) e não de interesses pessoais.

Mas a dimensão interpessoal ganha ressonância social atualmente e é reivindicada pela justiça restaurativa que, segundo Frederico Moyano MARQUES, é uma forma diferente de perspectivar como é que todos nós, enquanto vítimas, infratores, autoridades policiais e judiciárias e comunidade em geral, devemos responder ao crime, ou seja, é um novo padrão de pensamento que vê o crime não meramente como violação da lei, mas, sobretudo, como causador de danos às vítimas, à comunidade e até aos próprios infratores, centrando-se na participação destes atores, num esforço para identificar a injustiça praticada, o dano resultante, os passos necessários para a sua reparação e as acções futuras que possam reduzir a possibilidade de ocorrência de novos crimes¹¹

Dessa maneira, buscar-se-á perquirir esse novo modelo de reacção ao crime e refletir sobre a justiça restaurativa não como um mero mecanismo de diversão a ser operado pelo sistema penal, pois este já dispõe de mecanismos próprios, embora não suficientes, para realização de suas finalidades, mas como um novo subsistema social desjudiciarizado que venha, de forma alternativa ou complementar, contribuir para a redução da complexidade do sistema penal. O que possibilita e propulsiona essa reflexão é o sentir de que a sociedade atual reclama e a própria pressão interna do

¹⁰ Germano Marques da SILVA, *ob., cit.*, p. 17.

¹¹ Frederico Moyano MARQUES, *Temas de Vitimologia: Realidades emergentes na vitimação e respostas sociais*, Coord. Ana Isabel Sani, Coimbra: Edições Almedina, 2011, ps. 272-273.

sistema penal pressiona a institucionalização do sistema restaurativo, considerando a possibilidade de se selecionar um *sentido* extraído do episódio criminoso diverso do penal e com ele operar sob novo enfoque, um enfoque não de castigo, mas de cura.

Assim, observando que a proposta de reacção ao crime da justiça restaurativa tem como pedra de toque o reconhecimento da pessoa como ser dotado de autonomia e erige esta autonomia na gestão do conflito criminal¹², julga-se que a teoria sistémica parece desta se aproximar, pois, em Luhmann, como veremos adiante quando refletirmos sobre o encontro restaurativo, há o resgate desta autonomia ao compreender o ser humano liberto do custoso título de sujeito que o aparta da realidade das coisas e passa a considerá-lo como sistema pessoal autorreferente. De forma bastante simplificada, pode-se dizer que o ser humano enquanto sistema pessoal está para a justiça restaurativa como o sujeito está para a justiça penal. Aquele, sendo reconhecido como substância individualizada dotada de autonomia para gerir o próprio conflito. Este, reduzido a mero sujeito de direitos pelo sistema penal, esgotando-se sumariamente nesse título.

Dessa forma, partiremos do pressuposto da existência de sistemas sociais tal como teorizada por LUHMANN, não a reduzindo apenas a um simples método de interpretação da realidade. Buscar-se-á, nessa medida, refletir sobre a possibilidade de se compreender a Justiça Restaurativa como um subsistema social emergente que pretende dar uma resposta ao crime diversa da fornecida pelo sistema penal, em uma sociedade entendida como um sistema autopoietico de comunicação.

Para tal mister, afastar-nos-emos de uma vinculação ao formalismo jurídico-dogmático e utilizaremos na presente dissertação uma metodologia jurídico-filosófica e jurídico-sociológica.

Trabalharemos o tema em dois capítulos.

¹² Ensina Cláudia SANTOS que ao considerar-se a pessoa também como um sistema individual e como ser dotado de autonomia, abre-se espaço para uma corrente do pensamento que erige essa autonomia na gestão do conflito criminal a pedra de toque de uma outra proposta de reacção ao crime. (*A Justiça Restaurativa: Um modelo de reacção ao crime diferente da Justiça Penal: Porquê, para quê e como?*, cit., p. 50). Nesse sentido, Jorge de FIGUEIREDO DIAS aduz que “a criminologia deixa de assumir a característica quase exclusivamente sociológica que marcou até aos anos 60 do século XX, para abranger também a consideração da individualidade da pessoa – não só do criminoso, mas de todo o participante no sistema de justiça penal – e do âmbito de variação das suas possibilidades de decisão. Se é lícito invocar um pensamento que preside à concretização da última filosofia de Niklas LUHMANN, dir-se-á que em toda esta criminologia nova, graças à sua ligação privilegiada com a política criminal, à consideração do sistema social vem juntar-se a consideração do *sistema pessoal*, a autonomia da pessoa, erigida agora em um outro sistema auto-referente e auto-legitimador, como dotado de um círculo incompressível de direitos, liberdades e garantias fundamentais.” (*Direito Penal – Parte Geral*, Tomo I, *Questões Fundamentais; A Doutrina Geral do Crime*, 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 41).

O primeiro será destinado a algumas considerações que pensamos ser de vital relevância para a compreensão da justiça restaurativa como subsistema social. Trataremos, assim, do conceito de sociedade em LUHMANN e apresentaremos a distinção entre comunicação enquanto seleção de sentido e comunicação entendida como mero ato de comunicar. Em seguida vamos discorrer sobre a complexidade da sociedade atual e verificar quais as consequências desta complexidade para o sistema penal, haja vista que, numa perspectiva luhmanniana, é através da pressão intrasistémica oriunda da densa complexidade social que força o surgimento de novos subsistemas. Por fim, vamos analisar o sentido restaurativo que vem sendo construído e se firmando como um novo modelo de reacção ao crime.

No segundo capítulo vamos refletir sobre a Justiça Restaurativa compreendida como um subsistema social, analisando sua autonomia, autorreferência, autopoiesis e sua relação com o entorno, mormente com o sistema penal. Em seguida, partindo do pensamento de REYES MATE, vamos verificar a construção do significado de justiça na filosofia clássica com intuito de fundamentar uma outra concepção de justiça para o sistema restaurativo, bem como destacar alguns pontos abordados por John RAWLS com objetivo de extrair mais substratos para tal fundamentação e, logo após, apresentaremos o sentido de justiça na perspectiva luhmanniana que nos parece adequada com a proposta restaurativa. Por derradeiro, analisaremos o “*locus*” do sistema restaurativo na concepção luhmanniana e refletiremos sobre o “encontro restaurativo” entre sistemas pessoais autorreferentes.

CAPÍTULO I – O Pensamento de Luhmann – alguns conceitos essenciais

Conceito de sociedade na perspectiva luhmanniana

Para que possamos refletir sobre o presente tema, selecionamos alguns pontos que entendemos ser de vital relevância para compreensão da justiça restaurativa como um subsistema social. O conceito de sociedade na teoria sistémica luhmanniana deve ser à partida bem compreendido, pois é nessa percepção de sociedade que analisaremos o surgimento e estabilização do subsistema restaurativo.

LUHMANN percebe que há um problema de ordem epistemológica na sociologia clássica que a impede de expressar a unidade de seu objeto em um conceito científico e aponta seus principais obstáculos, dentre os quais, e o que mais interessa ao nosso estudo, refere ao conceito antropocêntrico de sociedade que indica que a sociedade consiste de seres humanos ou de relações entre eles. A teoria da sociedade luhmanniana, diversa das demais teorias sociológicas, desloca o sujeito do centro da sociedade e passa a compreendê-la como um amplo sistema de comunicação que serve de ambiente para os demais subsistemas, *i.e.*, abrange um conjunto de sistemas sociais diferenciados segundo funções específicas que operam de modo recursivo com base na comunicação¹³. Justifica o Autor que num mundo concebido acentricamente uma teoria sociológica universal só pode ser construída na forma de uma teoria policêntrica, policontextual¹⁴, ou seja, LUHMANN constrói uma teoria labiríntica de redes conceituais destituída de princípios e referências ontológicas (própria de um mundo que carece de vértice e de centro) que deixa de ver o sujeito como centro da sociedade e a observa considerando as várias relações, organizações, os vários papéis sociais, culturais e entendimentos e modos de vida diferentes, e, para garantir a observação das diferenças (característica da sociedade contemporânea), não totaliza nem absolutiza seus elementos de referências.

O conceito antropológico da sociedade, portanto, não refere ao seu sentido, pois a sociedade tem um acontecimento histórico linear ao passo que a coletividade composta por indivíduos corporalmente distintos ocorrem na circularidade e, assim, em temporalidade diversa. Dessa maneira, não se pode conhecer a forma do fenómeno sociedade como um todo, uma vez que não nos é dado conhecer o seu término, ela

¹³ Niklas LUHMANN, *Sistemas Sociales: la ambición de la teoría*, Traducción de Santiago López Petit y Dorothee Schmitz, Barcelona: Espasa Libros, 8º impresión, 2016, p. 8.

¹⁴ *Ibidem.* p. 11.

subsiste aos indivíduos. Se se coloca o homem como centro da sociedade esta deveria ter sobrevivência geracional, ou seja, a natureza finita do homem inevitavelmente levaria ao desaparecimento histórico da própria sociedade à qual pertenceu. Entretanto, o que se observa é que a sociedade continua numa espécie de efeito de superfície que ocorre através do efeito do conjunto das acções humanas que, por sua vez, acontece em uma determinada escala, visto que essas acções não são contínuas, mas que se dão através de elos humanos que vão ligando as distintas acções individuais.

É a compreensão da interação dessas acções humanas o cerne da teoria da comunicação luhmanniana que, na contramão da tradição sociológica acostuada a entender que o átomo do social é a acção, LUHMANN sustenta que a comunicação – efeito de superfície – é necessariamente social e, portanto, a acção deve ser adjetivada como acção comunicativa, por constituir-se no elemento do social. Nessa linha, conceitua sociedade mundial como um sistema geral de comunicação que engloba todos os demais sistemas sociais de comunicações significativas cuja base reprodutiva é o *sentido*, ou seja, seus elementos constitutivos não são assim os seres humanos individuais, mas comunicações. Sua unidade básica de análise é o ato comunicativo, isto é, toda a interação simbolicamente cristalizada que, ainda que de forma não voluntária, sucede a gerar e desenvolver um determinado padrão intersubjetivo de conduta¹⁵.

LUHMANN, portanto, se afasta do conceito antropocêntrico tradicional que compreende a sociedade como um conjunto de indivíduos, visto que os concretos seres humanos não são concebidos pelo Autor como parte da sociedade, mas de seu entorno, bem como se afasta de conceitos centrados na cultura ou no próprio Estado, porquanto não se pode confundir sociedade com a unidade cultural, pois a sociedade atual é multicultural e, tampouco, pode se confundir a sociedade com o Estado, porque temos um conjunto de estados na sociedade contemporânea e podemos prescindir dos limites

¹⁵ Niklas LUHMANN, *Complejidad y Modernidad: de la unidad a la diferencia*, Edición y tradición de Josetxo Beriain y José María García Blanco, Madrid: Editorial Trotta, 1998, p. 59. A unidade da acção, segundo LUHMANN, não advém da intenção, pois esta não é uma unidade psicologicamente definida e claramente delimitada, ou seja, para o Autor, trata-se de um artifício semântico de processos de atribuição que são mais complexamente condicionados e muitas vezes carecem da capacidade de obter o consenso e, assim, a acção se redefine segundo o sistema que a produz. Também não concebe a acção como uma relação de um sujeito com um objeto, pois a facticidade da acção precede a todo conhecimento. Para LUHMANN, as acções são geradas por sistemas autopoieticos de comunicação, ou seja, a própria noção de autopoiesis compreende não só as relações mais ou menos consolidadas entre acções, mas também elas mesmas são resultantes da produção correlativa do sistema e, nesse sentido, conceitua acção como elemento do sistema que a produz. (Cfr. Niklas LUHMANN, *Organización y decision. Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo*, Introducción de Darío Rodríguez Mansilla, Barcelona: Anthropos Editorial, 1ª ed., 1997, ps. 103-107).

territoriais, pois o significado de espaço e de seus limites é algo que resulta da sua utilização comunicacional, mas a comunicação mesma não tem localização espacial alguma¹⁶. O conceito de sociedade mundial para LUHMANN se autodescreve¹⁷, ou seja, baseia-se não em elementos externos à sociedade, mas na própria comunicação como unidade elementar. Dito de outra maneira, a sociedade é pura comunicação, ou seja, a conexão de todas as comunicações que ligam as operações sociais umas as outras e esta comunicação significativa se manifesta na forma de um amplo sistema social que, por sua vez, vai se diferenciando internamente e gerando outros sistemas funcionais de comunicação.

Essa mudança de paradigma, no entanto, não significa nenhum menosprezo ao homem, pelo contrário, há uma sobrevalorização do indivíduo que passa a ser reconhecido na sua autonomia, despojado de símbolos sociais. Além do mais, se considerarmos a concepção rousseauiana de que o homem, visando sua conservação, criou a sociedade¹⁸, torna-se perceptível que ele não é a sociedade, visto que não se pode confundir criação com criador. LUHMANN, nesta perspectiva, parece sugerir o resgate da autonomia desse indivíduo que, segundo ROUSSEAU, se alienou sem reserva no pacto social, ao dispor que o que de facto se aliena é o discurso, o simbolismo, à comunicação, não a humanidade pertencente a todo indivíduo enquanto representante da espécie humana. Por outro lado, também se percebe que é possível que o homem transcenda a sociedade, o que nos faz acreditar que ele está fora dela. Vejamos o conhecido caso de *Sócrates* que enquanto indivíduo representante da espécie humana transcendeu em muito a sociedade na qual estava inserido, mas, mesmo transcendendo, foi por ela limitado, vez que, enquanto indivíduo pertencente à sociedade, teve que se submeter à comunicação prevalente daquela época, chegando ao ponto de ser condenado a ingerir *cicuta* e assim proceder em respeito à comunicação (sociedade) estabelecida¹⁹. Isso demonstra que a individualidade humana embora esteja relacionada

¹⁶ Niklas LUHMANN, *Complejidad y Modernidad: de la unidad a la diferencia*, cit., p. 58.

¹⁷ Segundo LUHMANN, o conhecimento é reconhecido como tal apenas se evitar qualquer relação circular com o seu objeto e considerando que as teorias da sociedade são teorias sobre a sociedade feitas na sociedade – o que é proibido pelo conhecimento –, não pode haver conceito algum de sociedade que seja adequada ao seu objeto. Portanto, a sociedade é um objeto que se autodescreve e seu conceito tem que ser construído autologicamente, autocontendo-se. (*Ibidem*, p. 53).

¹⁸ Jean-Jacques ROUSSEAU, *Do Contrato Social*, item II, Livro de domínio público, p. 5. Disponível em: < http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=2244 > Acesso em 22 nov 2017.

¹⁹ Coleção Os Pensadores. Defesa de Sócrates / Platão. Ditos e feitos memoráveis de Sócrates; Apologia de Sócrates/Xenofonte. As nuvens/Aristófanes; seleção de textos de José Américo Motta Pessanha;

com a sociedade lhe é superior, vale dizer, a estrutura humana que possibilita a sociedade com ela não se confunde e, graças a essas estruturas que de tempo em tempo surgem e transcendem, a sociedade entendida como comunicação pôde evoluir. Devemos considerar ainda que o indivíduo enquanto plataforma biológica surge no mundo desapossado de quaisquer simbolismos e é afetado pela comunicação de uma sociedade pré-estabelecida que o influencia pelas suas culturas e pelas suas ideologias, tornando-o, em regra, em mais uma potencial estrutura de sustentação dessa comunicação.

Deve-se ter em mente, entretanto, que os sistemas sociais só são possíveis porque os sistemas pessoais lhe dão sustentação, ou seja, embora LUHMANN sustente a clausura operacional e a autonomia dos sistemas sociais, reconhece que eles se encontram acoplados estruturalmente com os sistemas psíquicos o que significa que toda comunicação só pode ser estimulada ou irritada por estes e não por fenómenos ou objetos físicos que possam ser tematizada nela. É imprescindível, portanto, que a comunicação sistémica seja percebida pelos sistemas pessoais como condição necessária de sua própria existência, inobstante as comunicações que compõem os sistemas sociais serem gerados autopoieticamente por eles próprios²⁰.

Em sendo assim, LUHMANN não nega a importância do ser humano, pelo contrário, deixa ao indivíduo toda a sua complexidade não a reduzindo a um componente que deve se submeter à autopoiesis de um sistema social. Reconhece o ser humano como estrutura sem a qual se tornaria impossível a existência da própria sociedade, mas, para o Autor, sociedade nada mais é do que comunicação. E nesse ponto, segundo Cláudia SANTOS, se encontra uma das principais dificuldades para a aceitação da teoria de LUHMANN no pensamento restaurativo, porquanto a proposta restaurativa encara a reacção ao conflito criminal como conflito essencialmente interpessoal e LUHMANN, embora também atribua à comunicação o papel essencial enquanto elemento constitutivo do sistema social, essa comunicação não é pensada entre sujeitos e sim como um processamento anônimo de seleções²¹. Entretanto, como veremos a seguir,

traduções de Jaime Bruna, Libero Rangel de Andrade, Gilda Maria Reale Strazynski, São Paulo: Nova Cultural, 4. ed., 1987, p. 8.

²⁰ Cfr. Dário Rodriguez M., In escrito introdutório ao *El Derecho de la Sociedad* de Niklas Luhmann, 2. ed., Trad. Javier Torres Nafarrate, Brunhile Erder, Silvia Pappe e Luis Felipe Segura. Ciudad de México: Ed. Herder, Universidad Iberoamericana, 2005, p. 35.

²¹ Cláudia Cruz SANTOS. *A Justiça Restaurativa: Um modelo de reacção ao crime diferente da Justiça Penal: Porquê, para quê e como?*, cit., p. 237.

LUHMANN distingue a comunicação entre sujeitos e a comunicação enquanto processamento anônimo de seleções.

Distinção entre comunicação interna e comunicação sistémica

Tanto a sociedade entendida como sistema amplo de comunicação quanto os sistemas sociais que venha a abarcar constituem sistemas noéticos²² de comunicação, cuja base reprodutiva é o *sentido*. Isso porque os sistemas sociais surgem para articular os pensamentos dos sistemas pessoais, tornando-os socialmente circulantes, vez que não se pode fazer isso partindo de milhões de experiências individuais completamente diferentes, completamente subjetivas. A seleção de *sentidos*, nessa perspectiva, é uma forma de unificar a comunicação. Sem isso qualquer debate torna-se impossível, pois o que um indivíduo pensa é invisível aos demais, sendo necessário que o *sentido* forme um ponto de expressão tocável por todos. A ênfase está, portanto, na própria comunicação enquanto processo dinâmico, circular e autoperpetuado de interação simbólica, antes que na particular posição estática do sujeito comunicativo no ciclo interativo²³.

Nesse sentido, deve-se atentar para a diferença entre a comunicação enquanto unidade elementar da sociedade na concepção luhmanniana e a comunicação enquanto parte de sua estrutura, vez que LUHMANN não concebe a comunicação sistémica como transferência de mensagens de um emissor a um receptor, visto que aquele a rigor não a transmite, uma vez que também a detém. A comunicação tradicional que decorre do conceito clássico dicotômico é que exprime a ideia de emissor e receptor em que *Ego* supostamente transmite a *Alter* uma mensagem que é internalizada subjetivamente e que corresponde o que foi comunicado. Na comunicação sistémica autonomizada há a inversão desse esquema, ou seja, é *Alter* que seleciona uma informação e opta por uma forma de expressá-la, restando a *Ego* selecionar uma compreensão ou incompreensão do *sentido* selecionado por *Alter*. Neste caso, a comunicação só ocorre se *Ego* reage

²² A noética (do grego nous: mente) é uma disciplina que estuda os fenômenos subjetivos da consciência, da mente, do espírito e da vida a partir do ponto de vista da ciência. Para Marc Halévy a noética é essencialmente a ciência do conhecimento. Não somente dos valores da epistemologia, dos mecanismos mentais e neurobiológicos descritos pelas ciências cognitivas, mas de maneira muito mais ampla, é o estudo de todos os aspectos do conhecer, da sua produção (criatividade), formulação (semiologia e metalinguagem), estruturação (teoria dos sistemas, paradigmas e ideologias), validação (critérios de pertinência, epistemologia) e proliferação de ideias (processos de apropriação e normalização) em seu sentido mais lato. (Marc Halévy-van Keymeulen, Facing the Noetic Revolution. Disponível em www.noetique.eu. Acesso em 25 nov 2017).

²³ Cfr. José Engrácia ANTUNES, *In prefácio: O Direito como Sistema Autopoiético de Gunther Teubner*. Ed. Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1989. p. XII.

compreendendo ou não. A comunicação, portanto, é uma síntese da concepção tricotômica (informação, mensagem e compreensão) onde informação e mensagem cabe a *Alter* e (in)compreensão a *Ego*. Nesse esquema, a ideia de mensagem não é uma transmissão de mensagem intersubjetiva, pois implica um terceiro nível que não é o que passa pela cabeça do emissor e receptor, e sim um nível que vai além das consciências envolvidas e que radica o *sentido* da comunicação, tornando-a independente daquele que a emitiu, ou seja, um nível em que se coisifica a comunicação, materializando-a. Nessa concepção, a base da comunicação social implica a participação de ambos os interlocutores e não pode ser confundida com o simples ato de comunicar²⁴.

Interessante notar que é o *sentido* que se constrói na comunicação sistêmica que é intersubjetivo e não a ação pautada num princípio relacional, pois, se compreendermos que cada sujeito isoladamente considerado fundamenta tudo o que existe, a intersubjetividade não pode ser um conceito que o determine, mas sim uma *fórmula de compromisso* que se fixa para atender a necessidade de se reduzir a dupla contingência existente entre os sujeitos participantes da comunicação que é por eles tematizada, mas não depende de nenhum dos interlocutores, sendo possível, portanto, que um deles possa dar um sentido próprio à sua participação, mas para que a comunicação sistêmica ocorra é indispensável que o sentido selecionado seja compartilhado²⁵.

Essa compreensão da comunicação cristalizada simbolicamente nos permitirá entender a autonomia da justiça restaurativa, já que o indivíduo participa no sistema restaurativo, mas não faz parte dele. Dito de outra maneira, se certo é que através dos indivíduos que tal padrão de discurso comunicativo passa a existir, certo é também que, uma vez fixado, passa a constituir um pressuposto metacomunicativo da própria comunicação restaurativa e, como tal, exterior e não manipulável pelos participantes que podem, quando muito, tematizar tal padrão, mas não alterá-lo, sob pena de abandonarem o pressuposto do próprio discurso restaurativo, colocando-se de fora do sistema de comunicação²⁶.

²⁴ Niklas LUHMANN, *Complejidad y Modernidad: de la unidad a la diferencia*, cit., p. 31 ss.

²⁵ A intersubjetividade para LUHMANN não é um conceito e sim uma fórmula de compromisso que serve para introduzir em uma teoria que parte da subjetividade da consciência algo que esta não pode conceber, haja vista a impossibilidade de pensar um pensamento próprio em uma consciência alheia. Cada sujeito, para LUHMANN, tem a sua própria intersubjetividade, visto que cada ator é tanto um agente de atuação como um objeto de orientação para si mesmo e para os demais. (*Ibidem*).

²⁶ Cfr. José Engrácia ANTUNES, *In prefácio: O Direito como Sistema Autopoiético de Gunther Teubner*, cit., p. XII.

Compreendendo a comunicação sistêmica restaurativa como um pressuposto metacomunicativo do próprio diálogo curativo (comunicação dicotômica), uma possível objeção à adequação da teoria luhmanniana ao pensamento restaurativo no que tange a esse ponto, parece restar superado, porque a objeção não refere de facto ao objeto que pensa objetar. A comunicação dicotômica não é negada pela teoria sistêmica, ela continua circulando no interior do sistema social, entrelaçando-se autotematicamente e de forma recursiva com a comunicação prévia e a posterior²⁷, podendo, inclusive, gerar novos *sentidos* que venham a ser tematizados e materializados no nível da comunicação tricotômica e, a partir desse momento, para que a comunicação sistêmica ocorra entre *Alter* e *Ego* este deve estar em sintonia com a metacomunicação fixada, sob pena de não participação em tal sistema.

Da complexidade social e seus reflexos no sistema penal

O reconhecimento da complexidade social na teoria luhmanniana é outro ponto de partida essencial, porque é justamente a percepção da sobreabundância de relações, de possibilidades e conexões verificáveis na sociedade contemporânea que impossibilita criar uma correspondência biunívoca e linear de elemento a elemento. Diferentemente do que ocorrem com as ciências naturais que conseguem maravilhosos êxitos na investigação linear, as ciências humanas, por terem identidades diversas, não podem mostrar resultados similares, e, portanto, devem ser investigadas de maneira circular/relacional. O problema do aumento de complexidade da nossa sociedade é denominado por LUHMANN de aumento da diferenciação da sociedade, partindo do pressuposto de que estamos instalados na diferença e não na unidade. Em sendo assim, numa investigação deve-se recorrer não à identidade, mas perquiri-la na desidentificação, na diferença, porquanto os problemas da sociedade moderna são determinados não como problemas de conservação da origem, mas reside num constante engendrar uma diversidade de realidades. Em forma paralela a esse aumento de complexidade, aduz o Autor que precisamos de instrumentos que permitam reduzi-la. Assim, apresenta a sua teoria como um instrumento de redução de complexidade social, embora seja ela mesma imensamente complexa, para dar conta da sobreabundância de relações e possibilidades que caracterizam a sociedade atual²⁸.

²⁷ Niklas LUHMANN, *Complejidad y Modernidad: de la unidad a la diferencia*, cit., p. 58.

²⁸ Niklas LUHMANN, *Sociedad y Sistema: la ambición de la teoría*, cit, ps. 41-43 e p. 133.

Nesse mundo de alta complexidade LUHMANN utiliza e distingue três sistemas e os apontam como autopoieticos²⁹, a saber: sistema biológico, sistema psíquico e sistemas sociais. O primeiro se reproduz graças à vida; o segundo o faz via consciência e o terceiro se perpetua através da comunicação³⁰. Não nos interessa para esse estudo o sistema biológico, pois não obstante enfrentar a complexidade do ambiente, não enfrenta a contingência, ou seja, na sua relação com o ambiente o resultado não pode se dar de outra maneira³¹. Nossa atenção então será voltada para os sistemas psíquicos e sistemas sociais e destes vamos nos ater ao sistema penal e ao sistema restaurativo, sem prejuízo de referir aos sistemas sociais ditos comuns³². Isso porque, tanto os sistemas sociais quanto os psíquicos enfrentam a complexidade e a contingência do ambiente e, portanto, podem se decidir entre uma ou outra entre várias possibilidades, porquanto são dotados de sentidos.

Insta, porém, sublinhar que o indivíduo enquanto sistema psíquico embora se constitua e se mantenha pelo sentido, não o reproduz, visto que ao enfrentar a complexidade advinda dos elementos do mundo os diferem instantaneamente, assim que as coisas surgem no espelhamento de sua retina. Os sistemas sociais, por outro lado, além de serem dotados de sentidos, podem reproduzi-los, permitindo que os indivíduos encontrem uma certa segurança frente às incertezas de um mundo caótico que apresenta uma infinidade de possibilidades e coloca nas concepções das ações

²⁹ LUHMANN ao perceber a dificuldade características com os conceitos que notadamente as ciências psicológicas e sociológicas têm e que devem expressar a unidade de seus objetos, utiliza o conceito de autopoiesis, introduzido originalmente por Humberto Maturana para o caso da vida, e o aplica para a consciência e para a sociedade. (Niklas LUHMANN, *Complejidad y Modernidad: de la unidad a la diferencia*, cit., p. 51).

³⁰ *Ibidem*, p. 30.

³¹ Simplificadamente, entende-se por complexidade o enfrentamento da pluralidade de elementos do mundo e a contingência, por sua vez, está relacionada à virtualização de mundo no sentido de uma operação dentre outras que se poderia realizar, *i.e.*, à ideia de que não há relações necessárias, porquanto tudo o que é de um jeito poderia ter sido de outro. Um exemplo prático do não enfrentamento da contingência pelos sistemas biológicos pode ser retirado do seguinte texto da obra de ROUSSEAU: “...um pombo morreria de fome perto de uma bandeja cheia das melhores carnes, e um gato, sobre um monte de frutas ou de grãos, embora um e outro pudessem muito bem nutrir-se do alimento que desdenham, se lhe ocorresse tentá-lo”. Desse pequeno trecho se extrai que tanto o pombo quanto o gato enfrentam a complexidade do mundo ao se depararem com os elementos “bife” e “grãos”, mas, por não poder ser de outra maneira, não enfrentam a contingência, pois para eles não há escolha, ou seja, o gato morreria de fome frente aos grãos e o pombo frente ao bife. (Jean-Jacques ROUSSEAU, *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*, cit., p. 99.) Isso ocorre também com os organismos celulares e até mesmo com o ser humano biologicamente considerado.

³² Para a teoria evolucionista de LUHMANN, a complexidade organizada se dá através da formação de sistemas, ou seja, através de relações seletivas entre elementos – informações, ações, comportamentos, etc. De modo que todo o elemento que funcione como tal não pode determinar-se independentemente do sistema. Isso indica que toda interação entre indivíduos se dá necessariamente através de formação de sistemas comuns, interacionais, que reduzam a dupla contingência entre eles, organizando, assim, a complexidade do entorno. (Niklas LUHMANN, *Sociedad y Sistema: la ambición de la teoría*, cit, p. 68).

humanas um tal coeficiente de imprevisibilidade que torna tudo probabilístico. Nessa medida, os sistemas sociais comunicacionais servem de bússolas que orientam as escolhas dos indivíduos ao reduzir a complexidade do ambiente através de estruturas normativas (contrafactual) e/ou cognitivas (factual) de expectativas que delimitam o campo de possibilidade do atuar humano, reduzindo a dupla contingência da comunicação interna (dicotômica) e da ação orientada para a comunicação social posta (tricotômica)³³.

Entretanto, pode ocorrer que um sistema social criado para reduzir a complexidade do ambiente se torne ele mesmo altamente complexo. A complexidade de um sistema pode ser verificada de duas maneiras. A primeira diz respeito à instabilidade intrasistêmica gerada pelo excesso de elementos que venha abarcar, prejudicando, assim, a interrelação de cada elemento com todos os outros. A outra se define como um problema de observação – ato de distinguir para criar informação – ao selecionar suas relações no entorno sem atentar para a qualidade estrita dos elementos que deve operar. É a observação de outros elementos que dará a informação adicional sobre o sistema e, se essa observação for deficitária, gerará complexidade no sistema justamente por falta de informação, ou seja, é uma medida de redundância negativa e de incerteza das conclusões que se pode extrair das observações atuais. Em ambas as noções de complexidade, baseada na operação ou na observação, respectivamente, impõem-se à seleção, pois afeta diretamente o processo atual de reprodução do sistema, ou seja, afeta suas operações. Nessa medida, a complexidade significa que toda operação é uma seleção, seja intencional ou não, controlada ou não, observada ou não³⁴.

Nessa perspectiva, quanto mais um sistema reduz a complexidade das relações contingentes do ambiente, mais aumenta a sua complexidade interna e, a depender da pressão dessa complexidade interna, pode forçar o sistema a selecionar. A exemplo do que ocorreu com o sistema político da idade média onde se reduzia a complexidade do ambiente aglutinando o sentido comunicacional da religião e da política num mesmo sistema, sobrecarregando-o de tal modo que foi pressionado a selecionar e, em dado momento, houve a ruptura entre religião e política, gerando, assim, dois subsistemas autônomos.

³³ Além das estruturas normativas e cognitivas como forma de reduzir a complexidade e a dupla contingência Luhmann indica a confiança como espaço que possibilita a redução da dupla contingência. Reduz, mas não a elimina, o que nos permite afirmar que a comunicação não pode se dar de forma intersubjetiva e sim num terceiro nível que vai além das consciências envolvidas. (*Sociología Política*, Traducción de Iván Ortega Rodríguez, Madrid: Editorial Trotta, 2014, p. 327 ss).

³⁴ Niklas LUHMANN, *Complejidad y Modernidad de la unidad a la diferencia*, cit, ps. 26-27.

Desta mesma maneira parece ocorrer atualmente com o sistema penal³⁵ que sofre fortes pressões seletivas. Por um lado, pelo excesso de leis penais que traz para o campo punitivo questões que não reclamam uma resposta incisiva da justiça penal e, por outro lado, pelo efeito colateral que esse populismo punitivo causa para o próprio sistema, pois, não sendo o caso de uma resposta forte capaz de inibir a conduta no seio da sociedade, resta ao sistema penal a utilização de seus mecanismos de diversão. Ocorre que a utilização demasiada de tais mecanismos, devido à dimensão pública que se dá ao conflito, parece enfraquecê-lo como *ultima ratio* e periga desacreditar o sistema perante a sociedade. Deixar de observar que uma parcela significativa das irritações do entorno não é apta (ou não deveria ser) a gerar estruturas dentro do sistema penal parece dar como resultado ainda mais sobrecarga de complexidade interna, pois levam os intervenientes do processo penal a expectar uma reacção punitiva onde seria possível uma resposta diversa da penal. O perigo dessa expansão sistémica é o de tornar o sistema penal de *prima ratio*.

Nessa linha, se a crise primeira da justiça penal decorre da complexidade gerada pelo próprio sistema, vez que, ao operar nos casos graves que requer a sua intervenção gera subconflitos (inter)pessoais para os quais não possui mecanismos de solução, porque são alheios a sua função pública, ultrapassam os seus limites, mais que, ignorados, servem de combustão para a prática de futuros crimes, a crise segunda pode ser observada pela produção legislativa que induz o sistema penal a tentar dar respostas as mais banais transgressões sociais, forçando-o, dessa maneira, a expandir-se e a operar como se restaurativo fosse, aproximando-se demasiadamente da sociedade. O risco da expansão do direito penal é torná-lo pior, haja vista que com a flexibilização de garantias materiais e processuais e a instituição de mecanismos penais de cariz restaurativo com o notório escopo primário de salvar o sistema o descongestionando do que de promover uma sincera restauração entre agente e vítima, acaba por enfraquecer e desacreditar o direito penal perante a sociedade, que, se por um lado, espera uma resposta enérgica de um direito penal forte e respeitado, por outro lado, reclama a

³⁵ Na presente abordagem, necessário se faz referir, embora não se trate do objeto central do estudo, ao sistema penal numa compreensão sistémica, haja vista que, como veremos adiante, é dele que na presente perspectiva eclode o sistema restaurativo. Tal compreensão pode encontrar arrimo nos dizeres de Jorge de FIGUEIREDO DIAS que afirma que “o sistema jurídico-penal – constituindo embora um subsistema do sistema jurídico como um todo, o qual constitui por sua vez um subsistema social – possui de todo o modo a sua teleologia própria, a sua específica índole *funcional* e a sua *racionalidade* estratégica; bem podendo afirmar-se que ele é, nesta acepção e nesta medida, mais que um sistema autónomo, um *sistema autopoietico*.” (*Direito Penal – Parte Geral*, Tomo I, 2ª ed., cit., p. 30).

observância do devido processo legal para sua aplicação, ou seja, tanto a dimensão interpessoal do conflito como a inclusão de elementos notoriamente estranhos à sua função de *ultima ratio* impõem uma nova seleção, porquanto, se há diferença funcional deve haver sistema outro que organize a experiência dessa diferença³⁶.

Cada sistema social se desenvolve de uma forma específica para reduzir a complexidade e atender a demanda do entorno. Assim, para tentar entender o porquê da alta complexidade interna do sistema penal, necessário se faz analisar sua especificidade. Como ramo do direito que é, vamos, à partida, observar como ocorre a construção da complexidade jurídica social como um todo. Primeiro, há que consignar que LUHMANN ao discorrer sobre a especificidade do microsistema do direito descreve a sua diferenciação interna e aponta sistemas parciais que tem como ambiente a unidade sistêmica do direito. A diferenciação interna para o Autor é a forma pela qual as relações entre os subsistemas expressam a ordem do sistema total, como, *v.g.*, a ordem de alcances hierarquizados. Quer dizer também que da perspectiva do subsistema tudo o que pertence ao sistema geral do direito é entorno. A ordem própria da diferenciação interna exige ainda que sejam regularizadas as relações entre os subsistemas, seja sobre a base da igualdade (nos tribunais) ou sobre a base da desigualdade (entre tribunais). A ordem geral do sistema unitário do direito se manifesta no facto de que a relação sistema/entorno dos subsistemas está restringida pelas disposições que ordenam as relações entre os sistemas. Estas disposições podem prever diferentes graus de liberdade, diferentes graus de densidade da integração dependendo da complexidade que se há alcançado na evolução do sistema completo³⁷.

LUHMANN vê no sistema do direito a manifestação de um fenómeno de hierarquização muito restrito aos tribunais e, dessa forma, analisa a unidade do sistema jurídico na diferenciação entre “centro” e “periferia”. O centro do sistema é a jurisdição, onde há a necessidade de decidir. Os demais campos de trabalho não judiciais do sistema do direito pertencem à periferia onde não existe a necessidade de decidir, ou seja, desloca para a periferia as funções e processos que são compatíveis com o facto de se manterem abertos para as variedades, adaptações e pressões do entorno. Na periferia

³⁶ Cfr. Jesús Ignacio MARTINEZ GARCIA, In escrito introdutório ao *El Derecho de la Sociedad* de Niklas Luhmann, 2. ed., Trad. Javier Torres Nafarrate, Brunhile Erder, Silvia Pappe e Luis Felipe Segura. Ciudad de México: Ed. Herder, Universidad Iberoamericana, 2005, p. 17.

³⁷ Niklas LUHMANN, *El Derecho de la Sociedad*, 2. ed. Trad. Javier Torres Nafarrate, Brunhile Erder, Silvia Pappe e Luis Felipe Segura. Ciudad de México: Ed. Herder, Universidad Iberoamericana, 2005, ps. 359-360.

as irritações se formalizam ou não juridicamente. Dessa forma, o sistema preserva sua autonomia ao não-ter-que-decidir e assim garante que o direito não funcione simplesmente como extensão, sem vontade, de operações externas ao direito. É nessa periferia que se aloca a legislação que, ao ceder às pressões políticas, se infiltra cada vez mais e em maior escala em espaços que antes estavam livres do direito, como, v.g., no interior da vida familiar, nas escolas e universidades, nas relações médicos/pacientes, nos ambientes laborais, etc³⁸.

Nessa perspectiva, tem-se que é atuando na periferia do sistema do direito que a legislação penal cede ao incessante clamor popular por respostas penais duras, externado e/ou alimentado pela mídia, e sobrecarrega o sistema penal com a edição de leis que prescrevam punições das mais severas aos transgressores, alimentando uma falsa percepção social de que a ampliação do poder estatal de punir é a única proposta viável para debelar os problemas relativos às pessoas envolvidas em situações de violência e em conflito com a lei³⁹.

Entretanto, esse populismo punitivo que leva a hipertrofia do Direito penal, refletida na política criminal que recorre à pena, e quase sempre a pena de privação de liberdade que acaba por desresponsabilizar o agente⁴⁰, naturaliza a tal ponto o sistema

³⁸ *Ibidem*, ps. 383-384 e ps. 398-399. Essa distinção intrasistêmica de “centro” e “periferia” no direito, segundo LUHMANN, não expressa nenhuma diferença de alcance ou de relevância social e de nenhuma maneira se trata de uma inversão de padrão estrutural hierárquico, com a consequência de que os tribunais são mais importantes que os legisladores, só se trata de assegurar que o oposto (obrigação de decidir/não obrigação de decidir) se faça possível de maneira simultânea e complementar. (*Ibidem*, p. 385).

³⁹ Nesse sentido, Hjalmar NEWMARK afirma que a legislação cria complexidade porque ao mesmo tempo é a implementação da política e uma prática legal orientada para o resultado. Segundo NEWMARK, a prática orientada aos resultados é obviamente a fonte mais importante de complexidade dentro do sistema. A orientação aos resultados, em grande medida, não logra seus fins e produzirá efeitos colaterais não desejados. A título de exemplo, questiona o Autor se o divórcio sem culpa incrementa a taxa de divórcios ou se muda a posição do convênio de esposos e esposas, era isto desejado? E se não, que pode ser feito para fazer frente a tais resultados? Tais decepções são retroalimentadas no sistema e a legislação é outra vez seu principal mecanismo de aprendizagem (*Ecclesia reformata semper est reformanda*). A observação dos resultados do direito significa mudança no direito: a mudança de condições condiciona a mudança. (Construcción de Sentido y Complejidad en la Dimensión Social del Derecho: “La posición de los tribunales en el sistema jurídico”, p. 31. Acedido em 02 de dezembro de 2017.<https://www.academia.edu/763444/Construccion_de_sentido_y_complejidad_en_la_dimension_social_del_derecho_Los_tribunales_en_la_teoría_de_Niklas_Luhmann>).

⁴⁰ Julián RÍOS MARTÍN ao refletir sobre o encarceramento conclui que no cárcere só aparece a culpa autodestrutiva; não a responsabilidade que tem uma matriz de crescimento pessoal bem diferente. E não é possível porque a percepção do apenado a respeito do sofrimento do castigo que está recebendo é na ocasião tão intensa que lhe impede de se pôr no lugar da sua vítima. De agressor passa a se sentir vítima do Estado. O castigo carcerário não só consiste na perda da liberdade ambulatoria, mas no deterioramento de relações afetivas, na ausência de intimidade pessoal e na impossibilidade de desenvolver o projeto vital. São estas chaves, junto à necessidade de adaptação ao violento entorno penitenciário, as que provocam a impossibilidade de assumir a responsabilidade pelos factos cometidos. (“*La Justicia restaurativa, las víctimas y la humanización del Derecho penal*”. Acesso em 05 de dezembro 2017).

penal que, de *ultima ratio*, passa a atuar na sociedade como *prima ratio* ao se dispor a solucionar os mais banais problemas sociais. Mas a solução de problemas que não reclamam a sua ingerência se apresenta apenas como solução fácil e enganosa⁴¹.

Esta ampliação do sistema penal, resultado do risco da seletividade, é um dos factores que gera o declínio do paradigma punitivo, uma vez que, percebendo a sua ineficácia para solucionar as inúmeras questões que abarcou e que angustiam a sociedade, se vê obrigado a flexibilizar as garantias materiais e processuais, desvirtuando-se de sua função precípua. Eis uma das razões que escancarou hodiernamente a sua debilidade, pois, nem pune de forma garantista a pequena criminalidade, respeitando inapeladamente todas as garantias materiais e processuais,

Disponível: <<https://hayderecho.com/2015/03/30/la-justicia-restaurativa-las-victimas-y-la-humanizacion-del-derecho-penal/>>). Nessa mesma linha já aduzia Louk HULSMAN que o condenado à prisão penetra num universo alienante, onde todas as relações são deformadas. A prisão representa muito mais do que a privação da liberdade com todas as suas sequelas. Ela não é apenas a retirada do mundo normal da atividade e do afeto; a prisão é, também e principalmente, a entrada num universo artificial onde tudo é negativo. Eis o que faz da prisão um mal social específico: ela é um sofrimento estéril. Nem todo sofrimento é um mal. Há sofrimentos benéficos, que fazem progredir no conhecimento de nós mesmos, abrindo novos caminhos, nos aproximando dos outros e nos tornando melhores. O encarceramento, porém, é um sofrimento não criativo, desprovido de sentido. Tal sofrimento é um nonsense. O clima de opressão onipresente desvaloriza a autoestima, faz desaprender a comunicação autêntica com o outro, impede a construção de atitudes e comportamentos socialmente aceitáveis para quando chegar o dia da libertação. Na prisão, os homens são despersonalizados e dessocializados. (Louk HULSMAN/Jacqueline Bernat de CELIS, *Penas Perdidas: O Sistema Penal em Questão*, Tradução de Maria Lúcia Karam, 1 ed, Niterói: Luam Editora, 1993, ps. 62-63)

⁴¹ Nos dizeres de Marina SANZ DIEZ DE ULZURRUN LLUCH: “Solução fácil, porque o recurso à pena se antepõe à aplicação de políticas mais eficazes e também mais custosas no enfrentamento ao delito – programas de educação cidadã; programas de prevenção vitimal; análises das causas sociais e económicas que subjazem a certas formas de delinquência e remoção dos factores que as determinam -. E, solução enganosa, porque a pena tem uma eficácia preventiva limitada e parece demonstrado que as políticas punitivistas não obtém resultados eficazes na diminuição dos índices de delinquência, nem no sentimento de segurança dos cidadãos. Também fracassa na função ressocializadora, porquanto a pena estigmatiza o delincente, incrementa sua marginalização e supõe uma resposta ao delito que, ao infligir um sofrimento ao delincente, contribui para a sua “vitimização” dificultando a assunção de sua responsabilidade pelo dano causado, pois ao provocar a sua despersonalização, desresponsabilização o incapacita para assumir as consequências de seus próprios atos . Por outro lado, o sistema penal opera internamente através de relações entre o delincente e o Estado e se orienta na persecução e sanção do delito, com respeito às garantias e direitos do infrator, tendo a vítima uma função meramente instrumental de proporcionar informações necessárias para a investigação do delito”. A Autora reconhece que a Justiça Restaurativa surge como um novo subsistema social que pretende dar respostas às principais deficiências da tradicional justiça de corte punitiva que decorrem, sobretudo, das provenientes da expansão do Direito penal e da hipertrofia do sistema punitivo que provoca a judicialização de múltiplos assuntos, com o conseqüente colapso do sistema penal. Com o paradoxo, de que esse mesmo sistema se vê obrigado a incluir formas alternativas de resolução de conflitos que o descongestione, ou seja, o tradicional Direito penal fundado no princípio da intervenção mínima, no âmbito material, e no princípio da oficialidade, no âmbito processual, se vê pressionado pela enxurrada de legislação que atualmente o força a evolucionar para um Direito penal máximo, porquanto invade todos os problemas sociais, e para a introdução de institutos processuais que tem como finalidade evitar o processo, o desvirtuando como sistema de controle social repressivo a ser utilizado como *ultima ratio* após o esgotamento de todas as vias possíveis de solução de conflito. (La influencia de las víctimas en el tratamiento jurídico de la violencia colectiva, “*Justicia restaurativa y mediación penal*”, Directoras: Alicia Gil Gil e Elena Maculan, Madrid: Editorial Dykinson, 2017, ps. 123-125).

nem cura. Notadamente, essa sobrecarga sistêmica impede que a justiça penal se apresente apta a garantir os resultados a que inicialmente se propunha, quais sejam, impedir, por um lado, que pessoas transgridam as normas, e, por outro, promover a ressocialização daqueles que já cumpriram suas punições, de forma que não voltem a repetir os atos tidos por inadequados.

Entretanto, se por um lado a expansão do sistema penal gerada pelo ativismo legislativo produziu alta complexidade interna ao aumentar a área de abrangência da justiça penal, ferindo de morte os princípios de subsidiariedade e de fragmentariedade, ao aglutinar transgressões sociais que não reclamam sua intervenção imediata, por outro lado, gerou ressonância dentro do sistema social possibilitando a tematização da comunicação restaurativa como forma de reação aos conflitos⁴².

⁴² Howard ZEHR, reconhecido mundialmente como um dos pioneiros da Justiça Restaurativa, em sua obra *Trocando as Lentes*, impulsiona esse novo enfoque restaurativo fazendo uma analogia às lentes de uma câmara fotográfica. Observava que a lente usada afeta profundamente o resultado e é a escolha delas que determina as circunstâncias nas quais é possível trabalhar e também a forma de se ver as coisas. Escreve o Autor: “(...) a escolha da lente afeta aquilo que aparece no enquadramento da foto. Determina também o relacionamento e proporção relativa dos elementos escolhidos. Da mesma forma, a lente que usamos ao examinar o crime e a justiça afeta aquilo que escolhemos como variáveis relevantes, nossa avaliação de sua importância relativa e nosso entendimento do que seja um resultado adequado. Nós vemos o crime através da lente retributiva. O processo penal, valendo-se desta lente, não consegue atender a muitas das necessidades da vítima e do ofensor. O processo negligencia as vítimas enquanto fracassa no intento declarado de responsabilizar os ofensores e coibir o crime. Tal incapacidade nos trouxe até a sensação de crise generalizada que vivemos hoje. Muitas reformas foram implementadas. As modas mais recentes são a monitoração eletrônica e a supervisão intensiva, mas elas são simplesmente as últimas de uma lista muito longa de “soluções”. Mas o sistema tem se mostrado incrivelmente resistente a melhorias significativas, tendo até agora absorvido e subvertido os esforços de reforma. O provérbio francês parece válido nesse caso: “Quanto mais as coisas mudam, mais ficam iguais”. Segundo proponho, a razão para essa incapacidade repousa na nossa escolha de lentes. Ou seja, nos nossos pressupostos sobre o crime e a justiça. Tais pressupostos, que governam nossa reação diante de atos danosos, estão em descompasso com a experiência do crime. Além disso, estão em descompasso com as raízes judaico-cristãs e mesmo com boa parte da história do Ocidente. Para achar a saída desse labirinto, teremos que procurar mais além de simples penas alternativas. Teremos que buscar formas alternativas de ver o problema e a solução. O professor Kay Harris, especialista em sentenciamento, nos faz lembrar que se trata de adotar valores diferentes, e não tecnologias de punição diferentes. Nossos fracassos são indicações negativas mostrando a necessidade de mudança, mas há indicações positivas que apontam o rumo a seguir. As experiências e necessidades das vítimas e ofensores assinalam algumas das questões que devemos tratar. A tradição bíblica oferece alguns princípios. A história e os “campos experimentais” recentes sugerem abordagens possíveis. Talvez essas indicações sirvam como elementos para construir uma nova lente. Sim, uma nova lente. Mas, e um novo paradigma? Um paradigma é mais do que uma forma de ver ou uma perspectiva. Exige uma teoria muito bem articulada, combinada a uma sólida gramática e uma física de aplicação – além de certo grau de consenso. Ele não precisa resolver todos os problemas, mas pelo menos os mais prementes, e deve indicar a direção a seguir. Não creio que tenhamos chegado a esse ponto ainda. Um objetivo mais realista para o nosso estágio seria o de visões alternativas fundamentadas em princípios e experiências, e que possam guiar nossa busca de soluções à crise atual. Podemos adotar uma lente diferente, mesmo que ainda não seja um paradigma plenamente desenvolvido. Tais visões podem ajudar a orientar-nos na direção de uma viagem, forçosamente partilhada, de experiências e explorações. Estamos buscando uma visão do que pode ser considerado um padrão, uma visão da norma, e não de uma reação realista adequada a todas as situações. A lente atual se fundamenta naquilo que é pouco usual e bizarro. As regras criadas para essas exceções são a norma, valem para as ofensas “ordinárias”. Alguns ofensores são tão inerentemente perigosos que precisem ficar presos.

Se um sistema enxuto, bem delimitado, reduz a dupla contingência de seus intervenientes, um sistema ampliado, operando com relações tão antagônicas, aumenta em muito essa dupla contingência, podendo ocorrer até mesmo a sua desdiferenciação com o entorno e sua conseqüente destruição. Isso porque os sistemas sociais se constituem e se mantêm através da produção e da manutenção de uma diferença com o respectivo entorno e utilizam seus limites para regular essa diferença⁴³. No caso específico do sistema penal, sua complexidade interna foi construída com elementos de *sentido* punitivo que são selecionados e estabilizados pelo sistema para reagir às infrações penais. Essa comunicação gera expectativas de respostas estritamente punitiva como requisito para toda e qualquer interação social guiada pelo *sentido* selecionado. Esta é a função delimitada do sistema penal que deve se manter inalterada durante o curso da sua existência. Sem a diferença com o respectivo entorno não é possível a sua autorreferência, pois a diferença é premissa para a função das operações autorreferenciais, ou seja, manter o limite significa manter o próprio sistema⁴⁴.

De sorte que a ordem natural de um sistema altamente complexo é a seleção. Se a evolução experimentada pela sociedade atual provoca irritações que permite à justiça penal observar outro sentido que reclama um novo enfoque deve selecioná-lo, pois, ao ultrapassar as fronteiras de seu limite, entra em crise. Esse fenômeno que conduz à crise já ocorre e é perceptível no sistema penal quando observamos o excesso de mecanismos de diversão de viés restaurativos que se obrigou a abarcar (arquivamento em caso de dispensa de pena, suspensão provisória do processo, princípio da oportunidade, mediação penal, etc.), e reflete no princípio da oficialidade que sofre atualmente fortes abalos devido à pressão seletiva que vem forçando o próprio

Alguém tem que tomar essa decisão com base em regras e salvaguardas de direito. Algumas ofensas são tão hediondas que requerem tratamento especial. Mas a reação a esses casos especiais não deveria ser a norma. Portanto, nossa abordagem seria a de identificar o que o crime significa e o que deveria acontecer normalmente quando ele acontece, reconhecendo as necessidades impostas por algumas exceções. Assim, por ora não nos preocuparemos em avaliar se nossa visão pode englobar todas as situações. Tentaremos visualizar o que deveria ser a norma. Um modo de começar essa exploração é tirando o crime de seu pedestal abstrato. Isto significa compreendê-lo como a Bíblia compreendia e da forma como nós o vivenciamos: como um dano e uma violação de pessoas e relacionamentos. A justiça deveria se concentrar na reparação, em acertar o que não está certo.” (*Um novo enfoque sobre o crime e a Justiça, Justiça Restaurativa*, PDF 10 Capítulo, Tradução de Tônia VanAckero, Brasília: Ed. Palas Athena Editora, 2008, ps. 8-9. Disponível em: <<http://www.amb.com.br/jr/docs/pdfestudo.pdf>> Acesso 01/12/2017). O Autor ao chamar a atenção para a troca de lentes contribuiu imensamente para que o enfoque restaurativo ganhasse corpo e alavancasse, porém, atualmente, o pensamento restaurativo parece sugerir não só a troca das lentes, mas a substituição da máquina e do seu operador.

⁴³ Niklas LUHMANN, *Sociedad y Sistema: la ambición de la teoría*, cit, p. 50.

⁴⁴ *Ibidem*.

legislador, ao optar pela natureza do crime, considerar os interesses dos interlocutores do conflito, mormente o da vítima⁴⁵.

Essas mutações denunciam a forte pressão que o sistema penal enfrenta hodiernamente e indicam que se o sistema não selecionar respeitando seus limites, perderá a legitimidade, vez que não suportará todas as demandas de um mundo denso em complexidade. Ao eleger o sentido punitivo deve excluir o restaurativo, pois toda seleção sistêmica é uma operação de forma (LUHMANN utiliza o conceito de forma de Spencer Brown⁴⁶) que exclui outras possibilidades, ou seja, o conceito de forma expressa o postulado de que as operações, na medida em que são observações, atualizam sempre um dos dois lados de uma distinção. O sistema penal, para um observador, também é uma forma, uma vez que ao selecionar a comunicação punitiva a operar, exclui as demais seleções possíveis de reação ao crime no entorno. Mas essa forma do sistema penal resta insuficiente para tratar da complexidade criminal oriunda de uma contingência que está sempre brotando e, portanto, para atender essa demanda deve trazer à tona a alternativa restaurativa, selecionando o *sentido* de cura que até então permaneceu excluído, ou seja, no lado oculto da forma do sistema penal. Trata-se de uma forma que se realiza forçosamente quando umas operações seguem

⁴⁵ Cláudia SANTOS, numa reflexão sobre os papéis processuais penais do Estado punitivo, do agente do crime e da sua vítima, arroga ser fácil aceitar o princípio da oficialidade num contexto de direito penal mínimo. Isto porque se está a assumir que a função do direito penal é a tutela subsidiária de bens jurídicos essenciais vistos como estruturantes pela comunidade. Quer isto dizer que o Estado surge como representante da comunidade em defesa, através do processo penal, de interesses que, apesar de terem um referente individual, devem ser protegidos em nome e no interesse da coletividade. O Estado não representa o ofendido em concreto pela infração penal, ele representa a comunidade. A mesma autora chama a atenção para o avanço civilizacional que esta concepção de justiça penal significa. Note-se que desta forma se substituiu a vingança privada e alcançou-se um método de resolução dos conflitos mais justo no sentido da igualdade visto que é um terceiro imparcial a aplicar uma norma geral e abstrata. No entanto, a autora reconhece que todo este entendimento que envolve o princípio da oficialidade tem sido objeto de questionamento por deixar a vítima numa posição secundária e porque o próprio processo penal não se preocupa com a reparação dos danos que aquela sofreu. (Cláudia Cruz SANTOS, *Direito Penal mínimo e processo penal mínimo* (brevíssima reflexão sobre os papéis processuais penais do Estado punitivo, do agente do crime e da sua vítima), Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – ano 15, n.º 179 (Outubro de 2007))

⁴⁶ LUHMANN inspira-se no conceito de forma de Spencer BROWN, pois, assim como ocorre na matemática, na lógica, nas ciências cognitivas, etc., deve-se considerar que para a teoria dos sistemas os seus elementos últimos são operações que se originam sempre em um determinado instante (nunca antes nem depois). Neste caso, o conceito de forma expressa o postulado de que as operações, na medida em que são observações, indicam (atualizam) sempre um dos dois lados de uma distinção, com o que a assimila como ponto de partida para operações adicionais. Com a realização de uma operação algo há de ser sempre excluído e, portanto, não há como indicar sem distinguir, pois quando se indica algo paralelamente deixa de se indicar outras. Qualquer comunicação, nessa perspectiva, é uma operação de forma, pois decorre de uma distinção de sentido. A identidade dos sistemas pressupõe, assim, uma diferença. (Niklas LUHMANN, *Sociedad y Sistema: la ambición de la teoría*, cit, ps. 170-171). Nessa linha, pode-se dizer que a identidade punitiva do sistema penal exclui a curativa do sistema restaurativo e a identidade curativa deste exclui a punitiva daquele.

imediatamente a outras e com isso definem, ao mesmo tempo, que outras serão susceptíveis de enlaçar ulteriormente. Definida dessa maneira, a diferenciação dessas variações não é outra coisa de que a formação de sistemas dentro de sistemas⁴⁷.

Nessa medida, pode-se dizer que, numa perspectiva sistémica, a justiça restaurativa em matéria penal surge⁴⁸ como um novo subsistema funcional de pacificação de conflito interpessoal em decorrência não mais de uma mera possibilidade, mas, a rigor, de uma real necessidade de se reduzir a complexidade interna do sistema penal. Tornam-se autónomos, porém conectados pelo facto de estarem acoplados estruturalmente ao mesmo elemento *crime* enquanto facto de comunicação social, mas diferem internamente, porquanto, enquanto o sistema penal opera com o *sentido* de punição extraído do elemento crime, a justiça restaurativa, nas suas relações internas, opera com um outro *sentido* extraído do crime, o de restauração.

Diante disso, julga-se que a sociedade contemporânea reclama a coexistência de dois sistemas de enfrentamento à criminalidade que juntos visem reduzir a supercomplexidade das transgressões sociais⁴⁹. O penal, há muito institucionalizado e sofrendo atualmente graves abalos, e o restaurativo, sistema emergente que visa humanizar e dar melhor enfoque à pacificação concreta-individual do crime, considerando o querer dos intervenientes no conflito, que se funda na restauração do mal provocado pelo crime, seleccionando deste o sentido restaurativo, com enfoque de

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ O surgimento da justiça restaurativa como subsistema social se dá estritamente como forma de redução da complexidade do sistema penal, na perspectiva luhmanniana, porquanto uma possível filiação para os ideais restaurativos, segundo Cláudia SANTOS, pode ser encontrada, sobretudo, na junção do pensamento vitimológico, donde herdou a preocupação central com o imperativo de reparação dos danos – em sentido lato – que a prática do crime causou à vítima com o pensamento abolicionista, donde proveio a rejeição do sistema penal tradicional como forma de solução do conflito que o crime é, por ser prejudicial ao agente e a comunidade. (Cláudia Cruz SANTOS, *A Justiça Restaurativa: Um modelo de reacção ao crime diferente da Justiça Penal: Porquê, para quê e como?*, cit., ps. 48-49).

⁴⁹ É perfeitamente possível que outros sistemas operem na resolução de conflitos sociais, de maneira alternativa ou complementar ao penal. Nessa linha, Jorge de FIGUEIREDO DIAS afirma que “*o direito penal constitui apenas um dos componentes do sistema global de controle social e se encontra por isso numa rede de múltiplas relações e interdependências com outras formas de resolução de conflito*”. (Direito Penal, Parte Geral, Tomo I (Questões Fundamentais, A Doutrina Geral do Crime), Coimbra: Coimbra Editora, 2.^a ed., 2007, p. 25). Corroborando ainda com a possibilidade de coexistência de ambos os sistemas, sublinham-se os ensinamentos de Cláudia SANTOS que sustenta que as finalidades que tradicionalmente se apontam à punição não têm de ser as únicas finalidades a que todo e qualquer modelo de reacção ao crime deve dar, pois se deve considerar outras finalidades a que o sistema de justiça penal se tem mantido em parte alheio, como a reparação dos danos causados às vítimas ou o estabelecimento de mecanismos de diálogo entre os intervenientes no conflito tidos por indispensáveis à pacificação individual ou interpessoal. Segundo a Autora, a resposta restaurativa ao crime é norteada por finalidades autónomas e que, ainda que em alguns casos possa contribuir para a obtenção das finalidades preventivas imputadas à pena, essas finalidades não assumem na resposta restaurativa carácter principal. (*últ. ob. cit.*, p. 320)

se tutelar com maior intensidade a figura da vítima e o empoderamento desta e das partes intervenientes.

Da seleção do sentido restaurativo

Para afrontar a complexidade visando reduzi-la, LUHMANN apresenta o *sentido* e assim o define: “*el sentido es una forma para la ordenación de la experiencia humana, una forma para la absorción de información y consciente procesar de la experiencia, y hace posible un entendimiento consciente y una reducción de la alta complejidad*⁵⁰”. O *sentido*, portanto, comporta sempre focalizar a atenção sobre uma possibilidade entre outras muitas. Existe sempre um núcleo que é dado e suposto que está rodeado de referências e outras possibilidades que não podem ser atualizadas ao mesmo tempo. Sua estrutura é a desta diferença entre atualidade e potencialidade, ou seja, é a conexão entre o atual e o possível⁵¹. Nessa perspectiva, pode-se dizer que o *sentido* da proposta restaurativa começa a se formar no interior do sistema penal que, ao abarcar um universo de demandas alheias a sua função de *ultima ratio*, se vê obrigado a incluir formas alternativas de resoluções de conflitos que o descongestione e, ao incluí-las, intencionalmente ou não, acaba por reconhecer a potencialidade hodierna de se reagir ao crime de forma diferente do atual modelo punitivo, formando-se, assim, um nexo entre o atual (punir) e o possível (curar). Dentre essas formas alternativas abarcadas pelo sistema penal, a que mais se aproxima da proposta restaurativa é a mediação penal⁵².

Mas a mediação penal, não obstante se revestir de alguns valores e finalidades da justiça restaurativa, se apresenta como uma necessidade do próprio sistema penal para ordenar as experiências humanas que abarcou e abordar a resolução dessas infrações que quiçá não deveriam ter natureza penal⁵³. Portanto, o sentido da mediação penal não se confunde com o sentido que pretende a proposta restaurativa, porquanto, entre tantas outras, a diferença que nos parece mais gritante entre o sentido da mediação penal e da

⁵⁰ Niklas LUHMANN, “Meaning as Sociology’s Basic Concept”, trad. Hjalmar Newmark, *Essays on Self-Reference*, Nueva York, Columbia University Press, 1990, ps. 21-79.

⁵¹ Niklas LUHMANN, *Complejidad y Modernidad de la unidad a la diferencia*, cit, ps. 28-29.

⁵² Marina SANZ DIEZ DE ULZURRUN LLUCH aduz que a mediação penal se destaca como o mais conhecido e mais estendido procedimento restaurativo operado pelos distintos ordenamentos jurídico-penais do nosso entorno, mas, não obstante os conceitos de mediação penal e justiça restaurativa normalmente se entremesclarem, são realidades distintas, em que pese sua estreita relação. (*Justicia restaurativa y mediación penal, “La influencia de las víctimas en el tratamiento jurídico de la violencia colectiva”*, cit., ps. 121-128).

⁵³ *Ibidem*.

justiça restaurativa reside no facto de que a participação do agente na mediação decorre de um certo grau de coerção psíquica que vê nela uma forma de se desresponsabilizar e escapar de um processo crime que pode resultar numa punição mais grave, ou seja, denota-se mais um acerto de contas com o próprio Estado do que uma honesta restauração com a vítima e sincera assunção de responsabilidade pelo ato praticado.

Também não se confunde com as práticas restaurativas comuns, uma vez que o *sentido* do modelo restaurativo emerge da necessidade de se reduzir a complexidade do sistema penal na contemporaneidade e as práticas restaurativas *lato sensu* ocorrem e sempre ocorreram no nível de um sistema interacional que, por ausência de ressonância social, não havia submissão a um sistema funcional. Ademais, essas práticas restaurativas comuns, não obstante terem contribuído para o fortalecimento do sentido restaurativo, não são capazes de se reproduzirem, pois lhes faltam estruturas funcionais que permitam a autopoiesis e que delimitem a dupla contingência dos intervenientes, e, assim, podem delas resultar uma pseudo-restauração, como, *v.g.*, a ocasionada pela ditadura da maioria. Então, quando se diz que o *sentido* restaurativo em matéria criminal decorre desse fenómeno de supercomplexidade atual do sistema penal se quer dizer que é nesse ambiente que cria eco a resposta curativa, ganha proporção e ressoa na sociedade, e, por conseguinte, se faz possível criar estruturas normativas e cognitivas que visem reduzir a dupla contingência dos intervenientes desse modelo de reacção ao crime, como também se faz possível institucionalizar o sistema restaurativo e reconhecer seus efeitos.

Não obstante, reconhece-se que o *sentido* a ser extraído de um evento criminal para com ele reagir é contingente e atemporal, e, assim sendo, julga-se que em toda e qualquer sociedade se fez possível tanto punir um agressor na tentativa de evitar a repetição do ato delitivo, enfocando mais a prevenção da ocorrência de outros crimes e de novas vitimizações e, para tanto, a vítima real era percebida de forma meramente instrumental, como também se fez possível restaurar o *status quo antes* da autoestima e autodeterminação das partes envolvidas, priorizando, neste caso, a vítima concreta do delito. Necessário, porém, destacar que cada sociedade se utilizou dos mecanismos reais existentes à época tanto para punir quanto para curar, não sendo possível determinadas reacções ao crime de sociedades historicamente dadas determinarem a reacção hodierna⁵⁴, seja punitiva ou restaurativa, haja vista que delas não se podem

⁵⁴ Nesse sentido, sublinha-se a afirmação de Miguel MORGADO de que “um dos maiores erros na apreensão da realidade histórica e política consiste em desconsiderar as diferenças e as distinções. É certo

deduzir formas para a nossa sociedade, mormente, se se considerar à supercomplexidade das sensações, signos, conhecimento e vivências contemporâneas que não tem com aquelas correspondências alguma.

Mesmo constatando essa disparidade, é na história que penalistas e “restaurativos” buscam legitimar suas respectivas respostas dada ao crime na atualidade na forma aglutinante de resumir e unificar o facto criminal quando na realidade se deparam com uma pluralidade caótica sem possibilidade de encontrar no passado amarras em causas repetíveis ou em factores estruturais e permanentes capazes de explicar o crime e de legitimar uma resposta preponderantemente punitiva ou restaurativa para a atualidade. Por essas razões, parece que de uma sociedade pretérita não se pode extrair o sentido de uma resposta ao crime e aplicá-la na contemporaneidade sob pretexto de que outrora fora melhor, *v.g.*, punir do que curar ou vice-versa. Cada formação social tem sua peculiaridade e reage ao crime de acordo com as alternativas possíveis da época. Assim, independentemente de qual resposta criminal prevalecia em determinado momento histórico, o que se pode afirmar, segundo nos parece, é a coexistência trans-histórico de ambos os sentidos de respostas às transgressões. Dito de forma mais direta, sempre existiu e sempre existirá, dentre outros, um sentido punitivo e outro curativo de resposta aos conflitos a ser selecionado do elemento crime enquanto facto de comunicação social⁵⁵.

que temos tudo a perder quando impomos diferenças ao que é semelhante. No entanto, também nos afastamos da lucidez quando perdemos de vista as diferenças do que parece ser semelhante mas não o é. É pela compreensão das distinções, muitas vezes subtis, e no respeito por elas, que começa a abertura à realidade”. (*Autoridade*, Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2010, p. 51). Na mesma linha Emmanuel LEVINAS aduz que “o histórico não se define pelo passado – e o histórico e o passado definem-se como temas de que se pode falar. São tematizados, precisamente porque já não falam. O histórico está para sempre ausente na presença. Queremos dizer com isso que ele desaparece por detrás das suas manifestações – o seu aparecimento é sempre superficial e equívoco, a sua origem, o seu princípio estão sempre noutra lugar. É fenómeno – realidade sem realidade”. (*Totalidade e Infinito*, Biblioteca de Filosofia Contemporânea, Edições 70, 1988, tradução José Pinto Ribeiro, p. 52).

⁵⁵ Não vamos nos ater na busca de uma legitimação histórica para defender o modelo restaurativo como forma de reacção ao crime, mas tão-só para corroborar com a alegação de que o contributo histórico, no nosso sentir, é a observância de que sempre existiu um sentido de cura e outro de punir, sendo ambos os sentidos possíveis de se seleccionar de um facto criminoso e, pautado na escolha de um ou de outro, responder às transgressões, aponta-se, consoante ensinamentos de Cláudia SANTOS, o Código de Hamurabi – por ser ele a mais relevante compilação de leis da antiga Mesopotâmia que chegou aos nossos dias em bom estado de conservação (produzido entre 1770 e 1790 a. C) – donde se retira ambos sentidos de reposta ao crime. Penalistas defendem como um exemplo de um sistema sancionatório estruturado com base no princípio do talião (prescrevendo que se faça ao Autor do crime o que ele fez à vítima), e “restaurativos”, por outro lado, apontam que muitas das sanções ali previstas assentam numa ideia de reparação, sendo que destas a maioria tem natureza pecuniária, ou seja, de um mesmo documento histórico, a depender do olhar, é possível retirar fundamentos tanto para a punição quanto para a restauração. (Cfr. Cláudia Cruz SANTOS, *A Justiça Restaurativa: Um modelo de reacção ao crime diferente da Justiça Penal: Porquê, para quê e como?*, cit., ps. 105-106). Quando se trata de defender a prevalência de um sistema sobre o outro em determinado momento histórico, os cultores do pensamento

Nessa linha, a justiça restaurativa como um sistema funcional emergente não reclama uma legitimação histórica, embora o *sentido* que vem se materializando seja fruto de um processo de identificação histórica de diferenciação. E isso decorre, na perspectiva luhmanniana, do simples facto de que os sistemas sociais não são perenes, ou seja, eles surgem e desaparecem a depender da necessidade de se reduzir a complexidade do ambiente e, no caso em tela, o excesso de complexidade no interior do sistema penal possibilita o surgimento da justiça restaurativa como um sistema autorreferente a operar um sentido extraído do elemento crime diverso do sentido operado pelo sistema penal, ou seja, a justiça restaurativa nos moldes em que se apresenta se difere tanto de práticas restaurativas de solução de conflito *lato sensu* quanto das práticas restaurativas operadas no interior do sistema penal atual, sendo possível como um sistema funcional autorreferente só na complexidade da sociedade contemporânea.

De tal maneira, o *sentido* da proposta restaurativa vem sendo descortinada através da consideração da relevância primeira da personalidade e segunda das relações interpessoais⁵⁶, ou seja, diante da necessidade atual de atribuir duas dimensões ao crime, dois são os caminhos que se abrem diante de nós. Se entendermos a violência numa dimensão pública como uma mera infração a uma lei penal, o castigo pelo crime se torna suficiente para uma virada de página pelos atingidos pelo crime, desresponsabilizando o agente ao cumprir a sua pena e presumindo a satisfação da vítima ao ver o agressor punido. Mas se entendermos a violência numa dimensão interpessoal como um assunto moral, tendo em conta o dano em sentido amplo à vítima, não se pode virar a página do evento criminoso, pois o dano permanece ali, latente na memória do ofendido, devendo, portanto, tornar a vítima visível e ajudá-la a

restaurativo tencionam ao centrar na história dos denominados “povos primitivos” e na Alta Idade Média, uma certa predominância dessas práticas restaurativas em relação ao castigo. (Cfr. Cláudia Cruz SANTOS, *últ. ob. cit.*, p. 101.). Mas se fossemos buscar legitimidade curativa pretérita, poder-se-ia, numa perspectiva judaico-cristã (refere-se a essa por ser predominante no Ocidente), alegar que o modelo restaurativo surgiu antes mesmo do que o castigo propriamente dito, porquanto quando Deus deixa de castigar Caim, autor do primeiro homicídio, e proíbe que terceiro lho faça, opta pela cura em detrimento da punição (Cfr. Bíblia Sagrada, Gênesis 4:8-15). Por outro lado, penalistas poderiam impugnar e referir que antes, quando Deus expulsou Lúcifer do plano celestial, utilizou-se do castigo (Cfr. Isaías 14: 12-14 e Ezequiel 28: 12-15). Enfim, essa busca histórica nos parece inócua, pois o modelo de reacção ao crime só pode ser legitimado por dada sociedade nos limites de sua historicidade e considerando às suas peculiaridades. Nessa linha, só a sociedade contemporânea tem legitimidade para fundamentar a resposta que pretende atribuir ao crime e, portanto, da história o que de facto importa para nosso estudo é destacar que sempre existiram ambos os sentidos a serem extraídos das transgressões, um sentido de punir e outro de curar, mas uma Justiça Restaurativa nos moldes que se apresenta, parece-nos que só é possível na complexidade da sociedade atual.

⁵⁶ Cláudia Cruz SANTOS, A Justiça Restaurativa: Um modelo de reacção ao crime diferente da Justiça Penal: Porquê, para quê e como?, cit., p. 172.

enfrentar o passado na busca da restauração. Não se trata mais de uma justiça vista exclusivamente como castigo ao agressor, mas também e principalmente como restauração da vítima, ou seja, o sistema restaurativo visa interromper essa lógica histórica que o sistema penal construiu sobre prevenir vítimas futuras e se propõe a enfrentar às vítimas reais. É esse salto qualitativo de convivência que se busca com a proposta restaurativa⁵⁷.

Portanto, é a dimensão (inter)pessoal do crime que justifica e dá sentido à justiça restaurativa, e, sendo assim, possibilita a sua institucionalização, restando ao Estado que se quer social, reconhecê-lo oficialmente como sistema outro de resolução de conflito a ser integrado como mais um componente do sistema global de controle social. Ademais, o reconhecimento do sistema restaurativo e de seus efeitos pelo Estado, em última análise, nada mais é do que efetivamente o Estado promover a administração da justiça, vale dizer, gerir, atender a demanda, possibilitar a pacificação social observando atentamente todas as formas possíveis e viáveis de reacção ao delito. Nos dizeres de Cláudia SANTOS: “(...) *não significa menos Estado e muito menos privação da justiça penal. Significa antes mais Estado social e solidário no reconhecimento de um novo direito dos cidadãos atingidos pelo crime: o direito a um espaço de encontro do que lhes permita uma reparação e uma responsabilização face aos males concretos que o crime significou*”⁵⁸.

Com essas considerações, encerramos este capítulo, consignando, em resumo, quatro pontos que se quer destacar dessa primeira parte do estudo, pois servirão de pressupostos para a análise sequente. O primeiro deles é que a justiça restaurativa, na presente abordagem, deve ser entendida como pura comunicação; o segundo é compreender que os intervenientes de um processo de cura, por serem entendidos como sistemas pessoais autorreferentes, alocam-se no entorno do sistema restaurativo. O terceiro ponto é aceitar a tese de que o sistema restaurativo surge hodiernamente para reduzir a complexidade do sistema penal, e, portanto, fica restrito a este⁵⁹, por último,

⁵⁷ Manuel-Reyes Mate Rupérez, Sobre la reconciliación o de la memoria al perdón, Disponível em: http://www.euskadi.eus/contenidos/nota_prensa/12_ponencias/es_ponencia/adjuntos/Reyes_Mate_es.pdf Acesso em: 15/12/2017.

⁵⁸ Cláudia Cruz SANTOS, *Um crime, dois conflitos (e a questão, revisitada, do “Roubo do Conflito” pelo Estado)*, RPCC, Coimbra Editora – ano 17, n.º 3 (julho-Setembro de 2007), p. 473.

⁵⁹ Há posicionamentos na doutrina restaurativa que advogam que o conceito da justiça restaurativa deva abranger a resolução de conflitos não penais. A exemplo, Marina SANZ DIEZ DE ULZURRUN LLUCH aduz que a justiça restaurativa tem um campo de aplicação muito mais amplo que o estritamente penal e proporciona mecanismos para resolver conflitos em uma grande variedade de contextos: escolas, centro de trabalhos, grupos familiares, etc., e, ainda, afirma que pode ser aplicada fora do contexto penal, como, por exemplo, na esfera civil e mercantil, onde os métodos de resoluções de conflitos, fundado na ideia de

que reage aos conflitos selecionando um *sentido* diverso da reacção penal. *Sentido* este que, no nosso entender, sempre existiu, resistindo ao tempo na sua constante reconstrução autopoiética através de uma imensidão de comunicações restaurativas interpessoais a nível interacional praticadas ao longo da história, mas que foi negligenciado a nível social. De modo que, agora, devido à ressonância social oriunda da pressão intrasistémica do direito penal, o que se pretende é utilizá-lo funcionalmente através de sistema outro de reacção ao crime pela denominada justiça restaurativa. Mas, se faz necessário entender que se ela se dá a si mesma o título de restaurativa, o que faz é se identificar com ajuda de uma relação de diferença com a justiça punitiva e, sendo assim, como veremos a seguir, só pode constituir uma identidade própria na sociedade se for capaz de criar estruturas para expressar sua específica função a nível social e processos para sua prestação a nível sistémico, e para tanto, deve ser capaz da autorreflexão, distinguindo continuamente entre autorreferência (o que ela é) e heterorreferência (o que faz parte do seu entorno), uma vez que o *sentido* que constitui o “*ser*” do sistema se reconstrói operativamente fechado, ou seja, cegamente, pois não se revela na concretude de um dado sólido, empiricamente verificável e, portanto, a justiça restaurativa só pode se exteriorizar sistemicamente na sociedade através da sua autorreferência.

justiça restaurativa, tem alcançado maiores desenvolvimentos e gozam, ao menos no nosso ordenamento (Espanha), de uma regulação mais detalhada. (La influencia de las víctimas en el tratamiento jurídico de la violencia colectiva, “*Justicia restaurativa y mediación penal*”, cit., p. 122). No entanto, na perspectiva aqui adotada, torna-se impossível pensar a justiça restaurativa fora do contexto penal, porquanto ela surge para reduzir justamente a complexidade interna do sistema penal e com este interage acoplado estruturalmente, ou seja, só conflitos interpessoais que decorram de um episódio criminoso interessam ao sistema restaurativo. Nessa mesma linha, embora com outro fundamento, Cláudia SANTOS se posiciona em sentido contrário à utilização da justiça restaurativa para abranger também resoluções de conflitos não penais, tais como os relacionados com o bem-estar familiar ou a proteção de crianças, assim como as disputas ocorridas em ambiente escolar ou em um contexto laboral. Para embasar sua perspectiva que limita a proposta restaurativa aos conflitos criminais, a Autora distingue *justiça restaurativa* de *mediação*. O conceito desta é mais amplo na medida que se destina à solução de conflitos interpessoais de várias naturezas, de que serão exemplo a penal, a familiar, a escolar ou a laboral. Sob outro enfoque, porém, o conceito de justiça restaurativa será mais amplo (apesar de lhe só interessar o fenómeno criminal) do que o de mediação, na medida que esta constitui apenas um dos instrumentos de que aquela dispõe. (Cláudia Cruz SANTOS, A Justiça Restaurativa: Um modelo de reacção ao crime diferente da Justiça Penal: Porquê, para quê e como?, cit., ps. 305-306).

Capítulo II – Justiça Restaurativa como subsistema social

Da autonomia sistémica da Justiça Restaurativa

Primeiramente, cumpre destacar que a justiça restaurativa não tem por objeto o crime, pois este é próprio do universo das ciências criminais. O que faz é operar com um *sentido* selecionado do elemento crime que com este não se confunde, pois tal *sentido* visa alcançar e propor soluções à situação-problema⁶⁰ que do crime decorre. Dito de outra maneira, o que constitui o sistema restaurativo, numa perspectiva sistémica luhmanniana, é o *sentido* restaurativo. O elemento crime continua a fazer parte do entorno, só o *sentido* restaurativo pertence ao sistema. De modo que, por ausência de um objeto ontológico, resta prejudicada a análise da justiça restaurativa como ciência ou como um sistema tradicional mecanicista que para cada entrada presume uma saída⁶¹. Só através de uma teoria pós-ontológica, evolutiva e

⁶⁰ Cláudia SANTOS ensina que, não obstante a restrição da proposta restaurativa ao “universo criminal”, aquilo que fundamenta a necessidade de uma intervenção restaurativa é, mais do que o cometimento de um crime, a existência de uma “situação-problema” tal como foi cunhada por Louk HULSMAN. Segundo a Autora, apesar de a existência de um qualquer modo de intervenção estadual vertido na criação de um “sistema restaurativo público” não poder prescindir da verificação de indícios de que a conduta do agente preenche injustificadamente um tipo legal de crime, aquilo que está na génese da necessidade da intervenção restaurativa não é tanto a ocorrência desse crime, mas a decorrência do crime que é a situação-problema, ou seja, uma situação que é sentida como desvaliosa pelos sujeitos do conflito e pelos seus próximos. (*A Justiça Restaurativa: Um modelo de reacção ao crime diferente da Justiça Penal: Porquê, para quê e como?*, cit., ps. 307-308). Considerando ainda os malefícios de uma resposta punitiva, aduz a Autora que se deve buscar entroncar o fortalecimento da justiça restaurativa enquanto modelo de resolução de conflitos orientado por ideais de humanização, de pacificação, de reparação na medida do possível dos males originados pelo crime. (Cfr. Cláudia Santos, *A Mediação penal, a justiça restaurativa e o sistema penal – algumas reflexões suscitadas pelo anteprojecto que introduz a mediação penal “de adultos” em Portugal*, in *RPCC, Ano 16, n.º 1, Coimbra, 2006*, p. 86).

⁶¹ Cláudia SANTOS, com razão esclarece que, considerando os factores de precocidade, da pluralidade de compreensões e de práticas, das diversas possibilidades de concatenação com o fundamento teórico, torna-se indevida uma qualquer referência quer à “ciência” restaurativa, quer ao “sistema” restaurativo, motivo pelo qual opta por referir antes a “proposta restaurativa” ou a “justiça restaurativa”, com o que se abrange, na acepção que lhe dá, quer o “pensamento restaurativo”, quer as “práticas restaurativas”. Ainda no contexto de esclarecimento, assevera que aquela que se julga ser a desnecessidade – talvez até a inconveniência – de uma catalogação da teoria restaurativa no universo das ciências criminais, por idêntica opinião – e fundada sobretudo nas mesmas razões de precocidade da catalogação – no que tange à sua apresentação como subsistema do sistema social e ao questionamento de uma sua qualquer autonomia. Em que pese esta última nota de esclarecimento, reconhece a Autora que, no entendimento que se julga dever ser dado à proposta restaurativa, deve-se levar em conta que também ela possui uma teleologia e uma racionalidade próprias, assim como uma específica índole funcional. Desse modo, reconhece a Autora um certo fracasso na tentativa de uma busca estrita da teoria restaurativa no universo das ciências que tomam o crime como objeto e julga, no entanto, que isso não deve impedir uma procura de compreensão do seu sentido orientada para aquela especificidade teleológica e funcional. Esse propósito de compreensão do sentido da justiça restaurativa, segundo Cláudia SANTOS, tem que passar pelo sublinhar da sua específica função, assim como das suas específicas finalidades e do seu específico procedimento. (*A Justiça Restaurativa: Um modelo de reacção ao crime diferente da Justiça Penal: Porquê, para quê e como?*, cit., ps. 302-304). Atento às considerações da Autora, iniciaremos uma reflexão sobre uma possível compreensão sistémica da justiça restaurativa na teoria luhmanniana.

multidisciplinar, que permite autorreferencialmente construir a unidade de um sistema que não preexiste como substância, através de uma operação relacional de seus elementos-acontecimentos (informações, acções, comportamentos e factos do entorno que expressem uma comunicação de sentido restaurativo) que permita sua reprodução dinâmica e sucessiva de produção reflexiva dos tais elementos, e, independente do modo de observação dos demais sistemas⁶², parece-nos possível compreender a justiça restaurativa como um subsistema social.

Nessa linha, o sistema restaurativo tem que ordenar e potencializar as relações de seleções de restauração na sociedade através de uma *reflexividade do processo de seleção* e, para tanto, deve utilizar este processo primeiro para si mesmo antes de seleccionar definitivamente no concreto, é dizer, no nível dos elementos últimos do sistema que se relacionam antes e durante o encontro restaurativo. Para isso deve dispor de duas formas distintas: *estrutura* e *processo*. Ambas se pressupõem mutuamente, porquanto a estrutura é um processo e o processo tem estrutura. Diferenciam-se apenas por suas relações com o tempo. As estruturas do sistema restaurativo detém o tempo de maneira reversível, vez que deixa aberto um repertório restrito de possibilidades de seleção de cura de um crime já consumado, fixado para sempre, pois, tendo acontecido já não pode desacontecer. O processo restaurativo, por sua vez, ressalta a irreversibilidade do tempo, visto que se forma por elementos-acontecimentos volitivos que expressam uma anuência curativa de um conflito interpessoal decorrente de um facto criminoso irreversível. Mas ambos os arranjos, não obstante, servem de um modo

⁶² Cfr. Niklas LUHMANN, *Sociedad y Sistema: la ambición de la teoría*, cit., p. 89 e ps. 121-124. Para o desenvolvimento de sua teoria pós-ontológica LUHMANN sustenta que, segundo o estágio atual da ciência, o conceito de elemento deve se liberar de toda implicação acerca do simples, do irresolúvel, do ontologicamente último, ou seja, deve se desprender de tudo o que implica a semântica tradicional de átomo ou de indivíduo, pois todo o elementar pode se decompor e, se a decomposição pode realizar-se ou não, é só uma questão de competência cognitiva ou de competência técnica. Isso, segundo LUHMANN, nos obriga a revisar uma multidão de conceitos, pois a redução, v.g., não se pode conceber como uma simplificação, mas só como uma relação entre complexos. Nessa linha, defende que só como unidade de aplicação em um sistema o elemento se autoconstrói pelo próprio sistema, dentro do qual atua como elemento. Isto, para o Autor, pressupõe a existência de um universo de materiais e energias que possibilitem este tipo de constituição, pois nenhum sistema é capaz de controlar por si mesmo todas as causas de sua existência. Em tudo o que existe e em tudo o que acontece há sempre algo mais do que se pode pressupor e, finalmente, o mundo se encontra implicado e comprometido com o todo. A nível dos substratos pressupostos os limites dos sistemas perdem a validade e isto significa, entre outras coisas, que os sistemas só podem se constituir por diferenciação, distinguindo-se assim do seu entorno, o qual é válido não só para as suas estruturas, mas também para os elementos mesmos que os conformam. Independentemente do substrato suposto e de sua sensibilidade reactiva frente a qualquer mudança, os elementos são formados pelo sistema e, como tais, constituem as unidades últimas e irresolúveis. Só isto e nada mais que isto subjaz ao enunciado de que os sistemas materiais estão compostos por átomos, enquanto que os sistemas sociais se constituem via acções e, para estes, sempre existe um entorno interno como pré-condição de existência. (Niklas LUHMANN, *Organización y decisión. Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo*, cit., ps. 104-105).

distinto e objetivo para potencializar a seletividade, ou seja, para uma pré-seleção das possibilidades da seleção curativa⁶³.

As estruturas do sistema restaurativo, dessa forma, devem abarcar a complexidade aberta do entorno criminal que oferece a possibilidade de interrelacionar todos os elementos-acontecimentos de sentido restaurativo em um modelo funcional mais estreito de relações válidas, usuais, prováveis, repetíveis, e, mediante a reprodução do sentido restaurativo no tempo, podem induzir novas seleções da mesma espécie, reduzindo as possibilidades de constelações controláveis, pois a manutenção de estruturas significa apenas a manutenção da autopoiesis, ou seja, a manutenção das operações de reprodução das operações. O processo restaurativo, por outra banda, tem lugar quando os elementos-acontecimentos concretos, selecionados pelos sistemas pessoais, que manifestam a vontade restaurativa, se constroem sucessivamente no tempo, conectam uns aos outros, ou seja, quando incorporam as seleções prévias de cura como premissas de seleção na seleção singular do sentido restaurativo. A pré-seleção do selecionável se experimentará, portanto, como validade no caso da estrutura, enquanto que no caso do processo, como sequência de acontecimentos concretos⁶⁴. Vamos, por ora, nos ocupar do arranjo das estruturas de sentido que nos parece revestir o sistema restaurativo, perquirindo a sua diferenciação e relação com o entorno com o objetivo de demonstrar a autonomia do sistema. O arranjo dos processos de sentido será analisado quando tratarmos do encontro restaurativo, pois ocorre com as práticas, com as várias acções de sentido restaurativo que culminam no encontro e, neste, em havendo homogeneidade, processo e estrutura se fundem, resultando nesse instante a autonomização temporal do sistema restaurativo.

Fixada, portanto, uma referência restaurativa através da seleção de um *sentido* de reacção ao crime diverso do penal, começa-se a construção de uma identidade própria do sistema restaurativo que o diferencie do entorno e dos demais sistemas sociais, visto que é através da generalização simbólica que é possível combinar a identidade e não-identidade e, desta maneira, representar sua unidade na pluralidade, tornando-a esperável como limitação do possível. Dessa forma, com ajuda da generalização simbólica, qualquer que participe em uma situação comunicativa de sentido restaurativo pode harmonizar suas próprias seleções a esta realidade interpretada, na que ele mesmo, ao aderir por liberalidade à comunicação restaurativa, passa a constituir

⁶³ Cfr. Niklas LUHMANN, *Sociedad y Sistema: la ambición de la teoría*, cit., ps. 111-116.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 115.

elementos de tal comunicação, e, juntamente com a intencionalidade dos outros participantes, não precisa se comunicar para esse efeito, haja vista que o *sentido* restaurativo está materializado num terceiro nível que vai além das consciências envolvidas, restando a estas alcançá-lo pelo diálogo. Mas a comunicação restaurativa simbolicamente generalizada produz apenas uma informação e a compreensão de seu sentido não implica a simultânea aceitação da seleção que ela comporta como premissa das vivências e das ações ulteriores, ou seja, através de sua comunicação se alcança primariamente uma transmissão de oferta de seleção de cura, mas, para que tenha êxito, deve apresentar uma esquematização binária, isto é, um código simbólico adicional que governe a transmissão efetiva da sua complexidade reduzida⁶⁵.

Dessa maneira, reconhecendo-se que a pretensão sistêmica da justiça restaurativa é a de promover um encontro restaurativo voluntário onde seja seguro dialogar sobre um conflito pretérito⁶⁶, parece, que tal prestação, é capaz de nos fornecer um código binário

⁶⁵ Cfr. Niklas LUHMANN, *Complejidad y Modernidad: de la unidad a la diferencia*, cit., ps. 104 - 111.

⁶⁶ Não obstante o conceito de justiça restaurativa ainda estar em evolução, é possível encontrar estruturas normativas que o possibilitem nas definições apresentadas nos Princípios Básicos das Nações Unidas sobre o uso da Justiça Restaurativa em matéria Penal de 2002, vejamos: 1. "Programa de justiça restaurativa" significa qualquer programa que use processos restauradores e procura obter resultados restaurativos. 2. "Processo restaurador" significa qualquer processo em que a vítima e o infrator e, se for caso disso, quaisquer outros indivíduos ou membros da comunidade afetados por um crime, participem ativamente na resolução de questões decorrentes do crime, geralmente com a ajuda de um facilitador. Processos restauradores podem incluir mediação, círculos de conciliação, conferência e sentença. 3. "Resultado restaurativo" significa um acordo alcançado como resultado de um processo restaurador. Os resultados restauradores incluem respostas e programas como reparação, restituição e serviço comunitário, visando satisfazer as necessidades individuais e coletivas e responsabilidades das partes e realização da reintegração da vítima e o agressor. 4. "Partes" significa a vítima, o agressor e quaisquer outros indivíduos ou membros da comunidade afetados por um crime que pode estar envolvido em um processo restaurador 5. "Facilitador" significa uma pessoa cujo papel é facilitar, em uma feira e de maneira imparcial, a participação das partes em um restaurador processo. Acedido em 11 de novembro de 2017. Disponível em: < <https://www.un.org/en/ecosoc/docs/2002/resolution%202002-12.pdf> > Nessa linha, Gema VARONA MARTÍNEZ assinala que justiça restaurativa “basicamente se trata de encontro voluntário e dialogado, entre as pessoas denunciante e denunciadas no âmbito penal, com o objetivo de reparar os diversos danos pessoais, relacionais e sociais ocasionados no contexto de uma infração penal. Para isso se conta com a intervenção de mediadores e, às vezes, de pessoas de apoio às partes que facilitam sua participação e asseguram a reparação”. (*Justicia restaurativa a través de los Servicios de Mediación Penal en Euskadi*, Evaluación externa de su actividad (octubre 2008 – septiembre 2009), Donostia-San Sebastián, España, diciembre de 2009). Acedido em 11 de novembro 2017, em: < <http://www.ehu.eus/documents/1736829/2153076/Justicia+restaurativa+a+traves+de+los+servicios+de+mediacion+penal.pdf>>. Na mesma linha, RÍOS MARTÍNS define justiça restaurativa como sendo a filosofia e o método de resolver os conflitos que atinam prioritariamente à proteção da vítima e ao estabelecimento da paz social, mediante o diálogo comunitário e o encontro pessoal entre os diretamente afetados, com o objetivo de satisfazer de modo efetivo as necessidades postas de manifesto pelos mesmos, devolvendo-lhes uma parte significativa da disponibilidade sobre o processo e suas eventuais soluções, procurando a responsabilização do infrator e a reparação das feridas pessoais e sociais provocadas pelo delito. (Julián Carlos RÍOS MARTÍN, *Justicia Restaurativa y Mediación Penal, Analisis de una experiencia (2005-2008)*, Madrid, p. 14). Acedido em 11 de novembro 2017. Disponível em: www.poderjudicial.es/.../PONENCIA%20JULIAN%20RIOS_1.0. Cláudia SANTOS, por sua vez, aduz que a justiça restaurativa “pode ser vista como um modo de responder o crime (e, nessa medida, como uma pluralidade de práticas associadas a uma pluralidade de teorias agrupadas em função de uma certa

que permita a esquematização ao possibilitar contrapor os opostos de *alcance de um voluntário encontro restaurativo* ou *não*. Julga-se ser esse o código binário do sistema restaurativo e não o contraposto restauração/não restauração, visto que esta é uma mera possibilidade do encontro restaurativo que reclama o testemunho sincero do interveniente para si mesmo e, embora seja o objetivo último da justiça restaurativa, não parece ter o sistema disposição sobre tal contraposto.

Considerando, portanto, que o sistema restaurativo adquire essas duas estruturas de sentido (generalização simbólica e esquematização binária) que funcionam como autocatalizadoras de toda comunicação conflitual do entorno que enseja uma seleção de *sentido* de cura e, considerando ainda que na sua autopoiesis pode reproduzir internamente tais estruturas, reforçando, dessa maneira, as oportunidades de êxito da comunicação no processo de autoseleção do sistema ao estabilizar seus canais de comunicação, tem-se a manifestação da sua autonomia sistêmica⁶⁷, porquanto ele se determina e se diferencia do entorno por meio de tais estruturas comunicacionais de sentido. No entanto, sublinha-se, essa autonomia operativa pressupõe uma cooperação, uma acomodação ao entorno interno⁶⁸.

Isso é assim porque o sistema restaurativo ao subordinar componentes criminais para operar elege como entorno interno o sistema penal e este passa a figurar como pré-condição de sua existência, embora tal entorno não possa determinar em que momento ou em que circunstância se dê a restauração, ou seja, o sistema penal enquanto entorno condiciona mas não determina, não interfere na autonomia do sistema restaurativo.

unidade) que se funda no reconhecimento de uma dimensão (inter)subjéctiva do conflito e que assume como a finalidade a pacificação do mesmo através de uma reparação dos danos causados à(s) vítima(s) relacionada com uma auto-responsabilização do(s) agente(s), finalidade esta que só logra ser atingida através de um procedimento de encontro, radicado na autonomia da vontade dos intervenientes no conflito, quer quanto à participação, quer quanto à modelação da solução”. (Cláudia Cruz SANTOS, *A Justiça Restaurativa: Um modelo de reacção ao crime diferente da Justiça Penal: Porquê, para quê e como?*, cit., p. 304 e p. 756).

⁶⁷ O conceito de sistema, para LUHMANN, reúne diversos significados e vários níveis diferentes de análises, podendo ser definido, em princípio, como um conjunto de características que, se fossem suprimidas, já não poderiam ser observadas como um sistema, ou seja, trata-se de um conceito abstrato e complexo, alocando em um único nível os tipos orgânicos, cibernéticos e sociais de sistemas para poder oportunizar distinções diretrizes da observação (diferença que guia a observação da teoria produzindo informações), no quadro de uma superteoria com pretensão de universalidade, capaz de abranger a si mesma dentro do seu objeto. Caracterizam-se, desse modo, por um conjunto de operações que mantém uma certa continuidade no tempo de operações, acontecimentos, eventos, sendo reconhecidos pela diferença entre eles (sistemas) e o ambiente, enquanto puderem manter suas relações no tempo sem se confundirem com o seu ambiente. (Niklas LUHMANN, *Sistemas Sociales: lineamientos para una teoría general*. Tradução de Silvia Pappe y Brunhilde Erder; coord. por Javier Torres Nafarrate, Rubí (Barcelona): Anthropos; México: Universidad Iberoamericana; Santafé de Bogotá: CEJA, 1998, ps. 27-29, e p. 39).

⁶⁸ Cfr. Niklas LUHMANN, *Complejidad y Modernidad: de la unidad a la diferencia*, cit., p. 61, p. 91, e p. 111.

Ademais, devemos considerar, e este ponto nos parece crucial, que a referência ao entorno interno só tem relevância para as relações intersistêmicas entre o sistema restaurativo e o penal, visto que se relacionam com fecundos intercâmbios e em diversos níveis em decorrência de uma fricção, isto é, de uma constante irritação recíproca ocasionada pelo facto de que ambos selecionam do mesmo elemento crime sentidos diversos de reacção e operam também com processos diferentes, inobstante haver a equifinalidade entre eles – a pacificação social. O crime, portanto, é a interseção dos dois sistemas, ou seja, é o vínculo de acoplamento estrutural das duas estruturas. Mas o entorno do sistema restaurativo não consiste exclusivamente no sistema penal, contém também a oportunidade para buscar ou evitar relações com outros subsistemas, ou seja, o entorno restaurativo não pode ser reduzido à relevância englobante do sistema penal, pois a inevitabilidade de sua diferenciação sistêmica aponta para o sistema geral da sociedade (entorno externo) e nesta sociedade reconstrói uma específica forma de diferença entre si e o sistema penal⁶⁹.

Porém, ressalta-se, os limites incluídos nas estruturas e nos processos de sentido do sistema penal e do sistema restaurativo não supõem nenhuma ruptura para as interdependências. Não se pode afirmar de uma maneira geral que as interdependências internas sejam mais fortes que as interdependências sistema/entorno, pois o sentido restaurativo possibilita um acompanhamento permanente de referências tanto para o próprio sistema quanto para o entorno penal. No entanto, o conceito de limite significa que os processos fronteiriços – *v.g.*, de intercâmbio de informações – ao cruzar o limite do sistema penal rumo ao restaurativo ou vice-versa, seguem funcionando nas suas respectivas condições, isto é, ou nas condições de funcionamento mecanicista punitivo ou de funcionamento consensualista restaurativo. Isto indica que as contingências do curso do processo criminal ao se abrirem para uma possibilidade de cura variam segundo o referido processo transcorra para o sistema restaurativo no próprio sistema ou para o sistema penal⁷⁰.

Ademais, o entorno penal do sistema restaurativo, nessa perspectiva, consegue a sua unidade enquanto tal, só a partir do sistema restaurativo e em sua relação com ele. Como entorno, está delimitado por horizontes abertos e não por limites que se possa

⁶⁹ *Ibidem*, ps. 72-73. Regista-se que LUHMANN assevera que em qualquer entorno são igualmente significativas, entre outras, as formas de independências, as relações temporais, o grau de normalidade confiável, e a frequência de surpresas. Afirma que os entornos não têm limites claramente definidos, mas só horizontes que implicam possibilidades futuras que deixam o processo indefinido de tais horizontes sem sentido, ou seja, o ambiente em si não tem sentido, é tão-somente ruído aberto. (*Ibidem*)

⁷⁰ *Ibidem*, p. 50.

cruzar. O ponto de que parte LUHMANN para a análise sistema-teórico é o da diferença entre sistema e entorno e, portanto, cada sistema tem uma diferença, visto que cada sistema só pode se por a si mesmo fora de seu próprio entorno⁷¹. Nesse sentido, o sistema restaurativo não pode existir sem o entorno penal, vez que não só se orienta ocasionalmente ou por adaptação a ele, como também de maneira estrutural. O sistema restaurativo possui uma complexidade curativa própria para um futuro desenvolvimento, mas só na combinação com um entorno favorável pode realizar essa oportunidade, pois tal possibilidade fica fixada nas suas estruturas, por assim dizer, e a disposição para o momento no qual uma combinação casual de cura na relação sistema/entorno lhe ofereça a oportunidade de realizar-se. O sistema restaurativo, portanto, se constitui e se mantém através da produção e da manutenção de uma diferença com o respectivo entorno e utiliza seus limites para regular essa diferença. Sem a diferença com o respectivo entorno nem sequer existiria a autorreferência, pois a diferença é premissa para a função das operações autorreferenciais, ou seja, manter o limite significa manter o próprio sistema⁷².

Mas para alcançar a autonomia operativa como sistema-em-seu-entorno, a diferenciação funcional do subsistema restaurativo requer ainda uma suficiente capacidade para diferenciar e integrar sua função, sua prestação e sua autorreflexão, ou seja, tem que ativar suas operações seletivas para três distintas referências sistêmicas. Primeiro para o sistema geral da sociedade (entorno externo) em termos de sua função. Segundo para os outros subsistemas, primariamente para o penal (entorno interno), em termos de prestações *input* e *output* e, por fim, para si mesmo em termos de autorreflexão. A orientação para a função ganha importância através de um processo de especificação no plano mais elevado do sistema geral da sociedade, onde tamanho sistêmico suficiente e uma adequada atenção para as outras funções sociais figuram como pré-condições essenciais. A orientação para a prestação pode ser caracterizada pelo facto de que o *input* (conflitos interpessoais) e o *output* (cura) do sistema restaurativo têm que se ajustar às perspectivas sistema/entorno do sistema penal e dos demais subsistemas, pois, caso contrário, tal prestação não seria operativa nem seria aceita. Por fim, a orientação autorreflexiva torna-se inevitável se os problemas de continuidade e descontinuidade surgem e tem que ser resolvidos pelo sistema voltando-se sobre a concepção de sua própria identidade, onde a solução requer uma história

⁷¹ Cfr. Niklas LUHMANN, *Sociedad y Sistema: la ambición de la teoría*, cit., ps. 51-52.

⁷² *Ibidem*, p. 50 e p. 117.

sistémica que possa ser reconstruída como uma exploração de conceitos, problemas, soluções e idealizações. Mas uma história desse tipo só pode acumular-se se a sociedade subministra específicas relações sistema/entorno no plano do subsistema restaurativo⁷³.

A realização da *função* restaurativa, como se percebe, não é equivalente, enquanto tal, à *prestação* adequada no plano das relações intersistémicas, nem equivale à *autorreflexão* do sistema restaurativo. Essas três referências sistémicas não são idênticas, não obstante integradas. A *função* é uma realidade presente que assume a especificidade de mediar entre os muitos dissimiles estados passados e futuros enquanto que a *prestação* do sistema restaurativo é uma orientação para o futuro que requer a temporalização da relação de um conflito interpessoal pretérito para uma relação de restauração através do diálogo curativo e, por sua vez, a *autorreflexão* sistémica orienta-se para o passado, reforça a identidade do sistema restaurativo de tal maneira que este pode sobreviver a novas eleições e inovações reconstruindo sua história passada como uma série consistente de intenções e acções que o permite continuar reagindo ao crime de forma diversa da reacção penal.

Primeiramente, em relação à sua *função*, tem-se que em decorrência da ressonância social hodierna que atribuiu proporção significativa à proposta restaurativa e considerando a sua adequação social para, juntamente com o sistema penal, gerenciar conflitos, julga-se que é possível uma orientação restaurativa para o sistema geral da sociedade através da especificação de sua função que, segundo nos parece, é a de *manter a expectativa da transcendência da razão sobre os afetos afligidos em situações de conflitos interpessoais oriundos de crime*, ou seja, embora opere acoplado estruturalmente com o sistema penal, sua função social é diametralmente o oposto dele, pois, enquanto o sistema penal sustenta o passado no presente através da manutenção das expectativas normativas de uma resposta punitiva ao transgressor, o sistema restaurativo visa harmonizar e estabilizar o futuro a partir da prática de uma operação de corte curativo no presente. Aquele cuida dos sujeitos envolvidos em direitos e este de seres humanos gerindo a própria existência. Dessa maneira, a função restaurativa no campo social amplamente considerado é uma realidade presente que dirige e dá motivo às comunicações curativas, ou seja, funciona como uma espécie de direcionamento postal a toda comunicação de sentido restaurativo, orientando a observação à contingência do existente (conflitos interpessoais oriundos do crime) e à comparação

⁷³ Cfr. Niklas LUHMANN, *Complejidad y Modernidad: de la unidad a la diferencia*, cit., ps. 81-82.

entre diversidades (restaurar/não restaurar), ou seja, remete a observação a um problema e coloca alternativas funcionais para sua solução, permitindo pensar em outras possibilidades diferentes de resolução de um mesmo conflito através de equivalentes funcionais⁷⁴.

Quanto à sua *prestação*, não obstante o sistema restaurativo abarcar uma complexidade desordenada do sistema penal e com ela operar, contribuindo sobremaneira com o sistema penal na resolução de conflitos, não se resume a isso, sua prestação vai além, pois estamos interligados como seres humanos e, se por um lado, sua prestação de cura interpessoal se concretiza e é sentida primariamente no âmbito da comunidade diretamente atingida pelo conflito, por outro, reflete na sociedade como um todo, porquanto é nesta sociedade que as partes restauradas estão inseridas e vão interagir, influenciando diretamente os rumos da coletividade e, neste sentido, podemos afirmar que a prestação da justiça restaurativa beneficia e gera efeitos nos demais sistemas sociais, como por exemplo, nos sistemas de educação, segurança, econômico, familiar, etc. Daí se conclui que o sistema restaurativo não só complementa o penal, mas detém uma autonomia própria no sistema social, sem deixar se confundir com nenhum outro subsistema, ou seja, mantém-se comunicativamente diferenciado no entorno como mais um subsistema de controle social.

A *autorreflexão*, por sua vez, requer do sistema restaurativo uma constante observação da distinção entre sua autorreferência (formal, analítica, conceitual) e a heterorreferência (instrumental, substantiva, referida a interesses) no intuito de reforçar a sua identidade e sobreviver a novas eleições e inovações, reconstruindo sua história passada como uma série consistente de intenções e ações que o permite continuar operando com o sentido restaurativo. A reprodução interna da comunicação restaurativa de forma reflexiva e recursiva, nesse constante engendrar de diferenciar e integrar sua função, prestação e autorreflexão, diferencia o sistema restaurativo do entorno que, clausurado operativamente, opera no nível da observação de segunda ordem⁷⁵ e desse nível controla todas as suas operações e, dessa maneira, realiza uma redução da complexidade conflitual singularmente própria, uma operação seletiva de cura frente a possibilidades outras que, embora não se tomem em conta por ignorância ou por

⁷⁴ Cfr. Niklas LUHMANN, *Sistemas Sociales*, cit., p. 71.

⁷⁵ O recurso à observação de segunda ordem se faz necessário haja vista que há uma pluralidade de sistemas autopoieticos (da vida, da consciência e da comunicação) que também operam através de uma observação binária e, por isso, nas suas relações intersistêmicas devem ser capazes de observar o observar dos sistemas que se relacionam. (Cfr. Niklas LUHMANN, *Complejidad y Modernidad: de la unidad a la diferencia*, cit., p. 33).

deliberação, não interrompem sua autopoiesis. Por ser um sistema de observação de segunda ordem, ou seja, por observar binariamente em virtude da distinção, o sistema restaurativo não pode operar sob premissas ontológicas, posto que estas pressupõem que o existente é o que é, não pode ser negado. Essa ideia de desontologização e funcionalização do elemento permite decompô-lo na medida em que exista uma necessidade operativa, visto que as acções devem sua unidade à rede de relações do sistema em que se constituem⁷⁶. Por isso a observação de segunda ordem necessita de uma lógica multivalente para observar sistemas outros, em especial os sistemas pessoais, que também podem distinguir eles mesmos entre autorreferência e heterorreferência⁷⁷.

Se não se distingue com suficiente precisão essas três referências funcionais, não se consegue distinguir a função da finalidade ou da capacidade do sistema restaurativo. Ter capacidade e ter função são coisas diferentes. Um coração, ensina Rafael Lazzarotto SIMIONI, tem a função de bombear o sangue, mas nem sempre tem a capacidade de cumprir essa função, ou seja, uma coisa é a função que o sistema restaurativo desempenha para a sociedade como um todo, outra são as prestações que ele desempenha para cada um dos demais sistemas/função da sociedade. O cruzamento da linha de fronteira que separa a função das prestações está na sutileza do sistema de referência que se utiliza como base para perguntar sobre a sua função. É nesse sentido que a função do sistema restaurativo é a de *manter a expectativa da transcendência da razão sobre os afetos afligidos em situações de conflitos interpessoais oriundos de crime* – uma função que só ele e nenhum outro sistema pode desempenhar⁷⁸.

Portanto, é a autorreferência que decorre dessa capacidade para diferenciar e integrar função, prestação e autorreflexão do sistema restaurativo que o exterioriza, pois, a sua unidade comunicacional, *i.e.*, o sentido que se produz autopoieticamente não é algo que existe como substância, como ideia da própria operação, mas é alcançado unicamente através de uma operação relacional entre os elementos de comunicação que

⁷⁶ Cfr. Niklas LUHMANN, *Sociedad y Sistema: la ambición de la teoría*, cit., p. 62. LUHMANN constrói sua teoria sem princípios, sem estrutura hierarquia e sem linearidade metodológica, ao invés, usa em substituição um tipo de inteligência operativa não fundamentante ou deduzida de princípios; uma rede de conceitos conexos e não uma hierarquia, e recursividade no lugar de linearidade metodológica. Ou seja, para se compreender a justiça restaurativa como um sistema autônomo e autorreferente é necessário contar com uma ontologia da diferença e da relação que substitua a ontologia tradicional de caráter estático e substancialista – presente no sistema penal que continua a operar com base em arcaicas noções metafísicas do Iluminismo –, dissolvendo essas essências estáticas em relações e diferenças.

⁷⁷ Cfr. Niklas LUHMANN, *Complejidad y Modernidad: de la unidad a la diferencia*, cit., p. 33.

⁷⁸ Cfr. Rafael Lazzarotto SIMIONI, *Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea: Do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*, Curitiba: Juruá Editora, 2014, p. 636.

ele mesmo constitui e que lhe dão forma como unidades de função e, quando todas as relações entre estes elementos vão acompanhadas de uma indicação para esta autoconstituição, o reproduz permanentemente. A unidade do sistema restaurativo, portanto, não se deixa ver de fora, só se pode deduzir. É algo que se deve construir internamente e que se apresenta para si mesmo como um elemento, processo ou sistema, independentemente do modo de observação dos demais subsistemas, ou seja, por ser autorreferente, o sistema restaurativo é operacionalmente fechado, pois em sua autodeterminação puramente curativa não permite nenhuma outra forma de processamento, definindo, assim, seu modo específico de reagir às transgressões e determinando sua identidade mediante a autorreflexão para regular as unidades de sentido restaurativo que sempre tem que reproduzir⁷⁹.

Essa reprodução interna de elementos de comunicação curativa indica que a existência do sistema restaurativo não tem uma base externa que fixe seu início ou seu fim, é pura comunicação materializada no nível do sentido que se produz e reproduz autopoieticamente, ou seja, na perspectiva luhmanniana, não há comunicação restaurativa fora do sistema restaurativo e, por isso, ele deve determinar sua identidade mediante reflexão para regular que unidades de sentido possibilitam internamente a autorreprodução do sistema. Nessa medida, sua existência não se funda num acontecimento elementar de uma prática restaurativa que, por falta de estruturas bem definidas, sequer consegue expulsar os paradoxos, tampouco na provável repetição de uma acção semelhante, ou na espera da repetição de uma vivência parecida, mas na capacidade de conexão da reprodução autopoiética ser possibilitada pelas estruturas de sentido do sistema restaurativo ao nível da constituição dos elementos que o definem e isso implica a necessidade de reproduzir permanentemente acções restaurativas. É precisamente isto que se assegura com a autorreferência dos elementos⁸⁰.

Parece-nos que o relevante a compreender é que em cada operação restaurativa o sistema observa e atualiza a sua autorreferência e, para tal mister, a heterorreferência também participa, ou seja, ele tem que indicar um dos dois lados da distinção para poder operar, visto que a forma do sistema restaurativo é justamente a distinção entre si e o entorno. Dada à indicação curativa, o sistema restaurativo se exterioriza na

⁷⁹ Cfr. Niklas LUHMANN, *Sociedad y Sistema: la ambición de la teoría*, cit., ps. 89-93.

⁸⁰ *Ibidem*, ps. 95-97. Clausura e autorreferência se relacionam em um nível formado pela síntese dos elementos-acontecimentos de sentido curativo, ou seja, no nível da seleção de sentido, mas não negam de modo algum a dependência com o respectivo entorno criminal em outros níveis. (Cfr. Niklas LUHMANN, *Organización y decision. Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo*, cit., p. 106).

sociedade apenas como uma metade do que ele é como sistema autopoietico, isto é, a distinção mesma, como limite e diferença é anterior, não pode ser localizada em nenhum dos dois lados, o que implica que o sistema pode utilizar a sua forma, mas não a indicar. O sistema tem que se reproduzir cego, dado que para observar tem que eleger sempre de antemão um lado ou outro de sua forma⁸¹. Por isso, a unidade do sistema restaurativo na pluralidade se obtém pela adaptação, pelo contacto da clausura autorreferencial ao entorno dado e à sua própria complexidade estruturada e, dessa maneira, se abre para o entorno. Assim, o sistema cognitivamente aberto consegue evitar os paradoxos⁸² ao fazer frente às improbabilidades e deficiências internas através da comunicação restaurativa pura que desenvolve e fixa como estruturas básicas dominantes que permitem a adaptação à própria complexidade. Isso possibilita que se mantenha mesmo com as rupturas das mudanças do entorno, visto que também tem que

⁸¹ Cfr. Niklas LUHMANN, *Complejidad y Modernidad: de la unidad a la diferencia*, cit., ps. 233-235. Sistema, assim, não é um objeto, mas uma particular forma de distinção entre sistema e entorno, ou seja, com base no esquema conceitual com o que George SPENCER BROWN introduziu na sua *Laws of Form*, um sistema é a forma de uma distinção, pelo que tem duas caras: o sistema (como o interior da forma – no nosso caso a restauração) e o entorno (como o exterior da forma – no caso a não restauração). Só as duas caras juntas constituem a distinção, a forma, o conceito. Portanto, o entorno é tão importante, tão indispensável, como o sistema mesmo o é. Como distinção a forma é fechada e isto significa que tudo o que pode ser observado e descrito com esta forma pertence ao sistema e ao entorno. O que separa as duas caras da forma, o limite entre sistema e ambiente, marca a unidade da forma e, por isso, não pode ser localizada em nenhuma de suas caras, ou seja, o limite só existe como ordem de cruzar – tanto de dentro para fora como de fora para dentro. Ademais, LUHMANN ao abordar a questão de como a forma é produzida também se socorre na conceitualização do cálculo de forma de Spencer Brown que pressupõe o tempo e se explicita a si mesma com ele. Assim, elege deliberadamente o conceito de produção (ou poiésis, a diferenciar de práxis) porque ele pressupõe a distinção como forma e afirma que há de ser realizada uma obra, embora o produtor não possa produzir por si mesmo todas as causas necessárias pra isso. Isto, segundo o Autor, se adequa à distinção entre sistema e entorno. O sistema dispõe sobre causas internas e externas para a elaboração de seu produto e pode utilizar as internas de maneira que resultem suficientes possibilidades para a combinação de causas externas e internas. Entretanto, a obra que é produzida é o sistema mesmo, ou mais exatamente: a forma do sistema, a diferença entre sistema e entorno. Isto é, precisamente, o que quer indicar o conceito de autopoiesis. Este conceito está explicitamente formulado frente a um possível conceito de autopraxis, pois não indica atividades autossatisfatórias como fumar, nadar, etc. O conceito de autopoiesis traz consigo, necessariamente, o dificultoso e frequentemente mal interpretado conceito de *sistemas operativamente fechado*. Mas, referido como está à produção, é evidente que não pode significar isolamento causal, nem autarquia, nem solipsismo cognitivo, mas uma consequência forçosa de facto trivial (conceitualmente tautológico) de que nenhum sistema pode operar fora de seus limites. (*Ibidem*, ps. 54-55).

⁸² A “referência” à restauração utiliza exatamente a operação que constitui o “auto” do sistema restaurativo e, desse modo, para evitar que se converta em paradoxo, não pode ser negada nem pode remeter tal negação ao “auto”, pois a causa da autorreferência tem que poder se decidir entre as duas possibilidades, sem perder a determinabilidade, ou seja, sem perder a capacidade de conexão com outras operações, vez que a autorreferência sob a forma de paradoxo tem uma complexidade indeterminada. Para expulsar o paradoxo o sistema restaurativo apresenta suas estruturas e processos para determinar sua complexidade. (Niklas LUHMANN, *Sociedad y Sistema: la ambición de la teoría*, cit., p. 90). Assim, na medida em que a referência é uma autorreferência o sistema restaurativo reconstrói internamente um sentido diferente do penal para reagir ao crime e isso significa que o sistema penal não dispõe da relação sistema/entorno estabelecido por ele e vice-versa. (Cfr. Niklas LUHMANN, *Sistemas Sociales*, cit., p. 41).

levar em conta outros pontos de vistas de adaptação e fundir-se pela autoadaptação. Eis a razão da necessidade de se selecionar um sentido independente da iniciativa de um sujeito ou de maneira análoga a uma acção⁸³, ou seja, a seleção do sentido restaurativo é uma operação produzida exclusivamente pela existência de uma diferença de reação aos conflitos, oriunda de uma complexidade desordenada gerada pelo sistema penal que o sistema restaurativo visa reduzir.

De modo que a autopoiesis da comunicação restaurativa que permite o funcionamento do sistema restaurativo na sociedade é uma seleção de seleções, pois decorre da emergência de uma síntese de três seleções: de um elemento de informação de resolução curativa de conflitos interpessoais a nível geral da sociedade; de um elemento que visa expressar tal informação através de símbolos de intercâmbio que permitem um contato com as consciências individuais; de um elemento, selecionado pelas partes em conflitos, de (in)compreensão do que é transmitido (elementos esses sociais, passageiros e que permite que se estabeleçam conexões entre eles para formar uma rede de produção que os produza). Essas seleções se referem de maneira seletiva umas às outras na recursividade, ou seja, retroalimentando-se na circularidade, pressupondo anteriores e posteriores comunicações. Isso indica que o sistema restaurativo só é possível como um sistema autopoietico e, enquanto tal, opera com autonomia, captando o seu ambiente apenas mediante a comunicação acerca de si, ou seja, somente na forma de uma elaboração de informação restaurativa, e isso implica dizer que o sistema restaurativo só pode existir sob a premissa da contingência, isto é, de que uma resposta dada ao crime pode ser de outra maneira⁸⁴.

Dessa forma, temos um sistema restaurativo autónomo, autorreferente e autopoietico, que estabelece um ponto de referência ignorado pelo sistema penal e começa a operar segmentariamente ao lado deste de forma relacional, com fecundo intercâmbio, servindo, ora como complemento (promovendo o encontro restaurativo de forma simultânea a persecução penal ou na fase de execução), ora como alternativa ao sistema penal (v.g., restaurando previamente as partes nos crimes que, inobstante caracterizados formalmente, materialmente não reclamam a ingerência punitiva). Daí a necessidade do pensamento punitivo do sistema penal se ajustar à crescente auto-organização da sociedade que não se deixa mais sujeitar pacificamente a quase

⁸³ *Ibidem*, ps. 84-87.

⁸⁴ Cfr. Niklas LUHMANN, *Complejidad y Modernidad: de la unidad a la diferencia*, cit., p. 42.

exclusiva forma de resposta punitiva às transgressões e contar com a racionalidade do sistema restaurativo com sua própria lógica e desenvolvimento.

Como complemento, que parece ser a regra do sistema restaurativo, ele abarca do sistema penal uma complexidade desordenada de conflitos gerada pelo próprio sistema penal que, operando sozinho na sociedade, não obstante trazer algum sentimento de justiça numa dimensão pública de reacção ao crime, ao mesmo tempo funciona como uma máquina de gerar subconflitos numa dimensão privada, pois não restaura as partes (vítima, agressor e quaisquer outros indivíduos ou membros da comunidade afetados por um crime) diretamente atingidas pelo delito. É essa lacuna deixada pelo sistema penal que o sistema restaurativo visa colmatar, ou seja, são as necessidades interpessoais não satisfeitas pelo sistema penal que visa primariamente o sistema restaurativo.

Poder-se-ia, não obstante, questionar o facto de a justiça restaurativa ser por alguns cultores do pensamento restaurativo compreendida como um mero complemento do sistema penal⁸⁵, e, em sendo assim, refutar a sua autonomia. Mas mesmo tal compreensão, na concepção luhmanniana, de modo algum afeta a autonomia do sistema. Isso porque, para LUHMANN, a possibilidade de que apareça uma situação na qual um sistema domine o outro não fere a autonomia nem a autorreferência dos sistemas, visto que isso não depende do grau de dependência de ambos os sistemas, nem das suas relações com o entorno dado, mas sim de um modo de descrição do sistema que expressa uma certa disponibilidade do sistema sobre si mesmo. Os sistemas no entorno do sistema se orientam para seus entornos, mas nenhum deles pode dispor totalmente de suas relações sistema/entorno, pois lhe são alheias, a menos que não seja por destruição. Por isso cada sistema corresponde ao seu entorno como um complexo confuso de relações cambiantes sistema/entorno. Não obstante, ao mesmo tempo, a dito entorno lhe pertence uma unidade autoconstitutiva que requer uma observação somente seletiva. A diferença seletiva não é mais que uma repetição da constituição dos sistemas no interior dos sistemas⁸⁶.

⁸⁵ Nesse sentido, cita-se a afirmação de Alicia Gil Gil “*Conviene dejar claro que la justicia restaurativa no se presenta como un sistema alternativo al sistema de justicia penal tradicional, sino como un complemento al mismo que permita incorporar nuevos elementos que humanicen el sistema y favorezcan el cumplimiento de sus propios fines*” (*La influencia de las víctimas en el tratamiento jurídico de la violencia colectiva*, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, Programa Estatal de Investigación, Desarrollo e Innovación (I+ D+i) Orientada a los Retos de la Sociedad. Directoras: Alicia Gil Gil e Elena Maculan. Madrid: Editorial Dykinson, 2017, p. 373).

⁸⁶ Cfr. Niklas LUHMANN, *Sociedad y Sistema: la ambición de la teoría*, cit., p. 53.

Ocorre que, nada impede, segundo se crê, que o sistema restaurativo seja utilizado como alternativa ao sistema penal. Isso porque, embora esteja acoplado estruturalmente com este através do elo de interseção expressado pelo elemento crime, o sistema restaurativo não reclama o conceito analítico do crime para selecionar, pois este é próprio da resposta mecanicista do sistema penal, satisfazendo-se, assim, com o conceito material. Isso explica porque é possível a restauração no caso de atos infracionais praticados por menores que tecnicamente não praticam crimes por ausência de imputabilidade. Nessa perspectiva, o sistema restaurativo pode abarcar excepcionalmente uma complexidade do entorno criminal que ainda não foi submetido à justiça penal e que a restauração da vítima e sincera assunção de responsabilidade do ato praticado pelo agente demonstram suficiente como resposta à transgressão, como pode ocorrer, por exemplo, nas contravenções, nos referidos atos infracionais, nos crimes de menor potencial ofensivo e nos delitos onde há a sentimentalização entre ofensor e ofendido.

São, portanto, as experiências de conflitos interpessoais decorrentes de um episódio que se amolde a um facto típico penal (que não necessariamente ilícito, uma vez que o conflito interpessoal pode permanecer mesmo havendo o reconhecimento de uma excludente de ilicitude no âmbito penal e, considerando a possibilidade do sistema restaurativo operar alternativamente ao sistema penal, sem um juízo de culpabilidade criminal da conduta do agente) que reclamam um novo sentido de reacção ao crime e, nessa medida, o sistema restaurativo temporaliza essa complexidade e a organiza internamente por meio de suas estruturas, criando um mundo próprio feito de circuitos ativos que buscam restaurar a humanidade quebrada pelo delito, sem criar, com isso, paredes inacessíveis ao sistema penal, mas uma espécie de membrana que o permita configurar uma sensibilidade particular, pois necessita de uma capacidade de ressonância específica do entorno criminal e às vezes extraordinariamente refinada para operar.

Sublinha-se ainda que as estruturas de sentido restaurativo temporalizam a complexidade dos conflitos interpessoais gerados pelo crime e, conforme se dão os processos exitosos de tal sentido, com estes se fundem, pois elas (as estruturas) são tão-somente essas ligações temporais de uma operação a outra que apenas existem no presente, na forma de operações que ocorrem simultaneamente. Quando isso ocorre, tem-se o sistema restaurativo temporalmente automatizado na sociedade, porquanto sua forma se explicita no tempo e, não obstante estrutura e processo se diferenciarem no

tempo, ambos respeitam a irreversibilidade deste, referem sempre à realidade, respeitando as mudanças do entorno. Com isso minimizam a tensão havida entre substância e o *modus cognoscendi*, pois é na simultaneidade do encontro dessas formas (estruturas e processos) orientadas pelo *sentido* que se concretiza a cura no tempo, ou seja, a contribuição do *sentido* ao entorno é a de solucionar o problema da circularidade inerente a toda autorreferência, pois, mantida a autorreferência e as correspondentes interdependências de todos os momentos do sentido restaurativo no entorno, a relação daquele com este se aplica internamente como interruptor das interdependências e, com isso, o sistema restaurativo se assimetiza a si mesmo⁸⁷.

O sistema restaurativo, portanto, é um sistema suficientemente estável, embora seus elementos sejam instáveis, e por isso deve a sua estabilidade a si mesmo e não aos seus elementos, pois o objetivo do sistema é uma estabilidade não estática, mas dinâmica, capaz de reproduzi-lo reflexivamente a partir de seus próprios elementos (informações, ações, comportamentos, etc), ou seja, que permita a sua reconstrução através de uma operação relacional a partir de um fundamento não existente e, justamente por isso, ele deve ser compreendido como um sistema autopoietico⁸⁸, porquanto, na ausência de um objeto ontológico a autopoiesis de um objeto pós-ontológico se impoem, pois só as determinações posteriores a ele podem ser selecionadas e abstraídas para fins de análises, de modo que a clausura circular interna é condição *sine qua non* para a continuidade da autorreprodução do sistema restaurativo⁸⁹.

Isso porque, na perspectiva aqui adotada, o sistema surge não de um conceito, mas de uma distinção que indica uma complexidade desordenada do sistema penal e a reduz operando no nível do sentido, sem um objeto ontológico, pois foca na memória dos intervenientes do conflito, considerando os seus relatos, buscando o lado privado de significação do episódio criminal, devolvendo ao ser humano toda a sua complexidade, sem determiná-lo por conceitos, visto que a universalização não tem uma solução única e definitiva para todas as pessoas. Por tais razões, acredita-se que só através da introjeção do conceito de autopoiesis na compreensão sistémica é possível pensar o sistema restaurativo funcional na sociedade. Aliás, por ter como unidade analítica às

⁸⁷ *Ibidem*, p. 99. Para LUHMANN, constância, duração e mudanças das estruturas para um sistema autopoietico são fenômenos secundários, pois, se tudo o que acontece no mundo acontece simultaneamente, então tanto o passado quanto o futuro só podem ser observados no presente, ou seja, a ligação temporal do passado com o futuro é produzida tão-somente em cada operação do presente. (Niklas LUHMANN, *El Derecho de la Sociedad*, cit., p. 101).

⁸⁸ Cfr. Niklas LUHMANN, *Sociedad y Sistema: la ambición de la teoría*, cit., p. 121.

⁸⁹ Cfr. Niklas LUHMANN, *Organización y decision. Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo*, cit., p. 106.

distinções, LUHMANN afirma que a teoria dos sistemas autopoieticos autorreferenciais só pode oferecer como universal o próprio conceito de autopoiesis, restando à acção o dever de poder reproduzir-se a base da autorreferência basal (a nível dos elementos) e da temporalidade dos acontecimentos, isto é, o cessar de uma acção é a condição para as acções consecutivas e, dessa maneira, o sistema se reproduz sobre as condições de possibilidades da interdependência de decomposição e reprodução da acção⁹⁰.

De modo que se pode dizer que o que possibilita a evolução do sistema restaurativo na sociedade é o nexa entre a autopoiesis e o acoplamento estrutural com o entorno, ou seja, a evolução – que tem início com a variação do sistema penal que admitiu mecanismos de diversão de viés restaurativo, possibilitando, assim, a seleção de um sentido curativo que, por sua vez, estabilizou-se nas duas formas distintas de sentido (estruturas e processos) – pressupõe a autopoiesis. Dessa forma, tornou-se inevitável as formulações circulares entre variação, seleção e estabilização. O sistema restaurativo já evoluído recebe os impulsos das comunicações oriundas dos conflitos interpessoais do entorno criminal e, com isso, em um desenvolvimento dirigido, descreve as formas que canalizam tais informações como irritações e como problemas sobre os quais o sistema prevê soluções sistémicas adequadas.

Assim, dado que o sentido restaurativo, através de suas estruturas, se autonomiza e ganha ressonância na sociedade, resta ao Estado, que se quer social, utilizá-lo, mas, para tanto, deve dispor de estruturas normativas e cognitivas que visem reduzir a dupla contingência dos sistemas pessoais que a ele queiram aderir, reconhecendo o sistema restaurativo, dessa maneira, como mais um sistema funcional de enfrentamento ao crime na sociedade⁹¹.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 128.

⁹¹ As estruturas normativas do sistema restaurativo já aparecem em vários instrumentos internacionais que vem delimitando sua área de abrangência e, conseqüentemente, vem reduzindo a complexidade e a contingência social no que refere à sua função. São marcos normativos internacionais que iniciaram a regulamentação da Justiça Restaurativa, a saber: Resolução CES/ONU n° 1.999/26, de 28/07/1999, que dispõe sobre a "Elaboração e aplicação de medidas de mediação e justiça restaurativa em matéria de justiça criminal", e que também definiu que a Comissão de Prevenção do Crime e de Justiça Criminal discutisse a conveniência de se formular padrões das Nações Unidas sobre mediação e justiça restaurativa; Resolução CES/ONU n° 2.000/14, de 27/07/2000, intitulada "Princípios básicos sobre a utilização de programas de justiça restaurativa em matéria criminal", em que também foi requisitado ao Secretário-Geral que solicitasse aos Estados Membros e às organizações intergovernamentais e não governamentais, assim como os institutos que integram do Programa das Nações Unidas em matéria de prevenção do delito e justiça criminal, que observassem a conveniência e os meios necessários a se estabelecer princípios comuns para a aplicação de programas de justiça restaurativa em matéria criminal, incluindo a conveniência da elaboração de um novo instrumento para tal objetivo; Resolução CES/ONU n° 2.002/12, de 24/07/2002, que define Princípios Básicos para a utilização de Programas de Justiça Restaurativa em Matéria Criminal. Acesso em 02 de outubro de 2017. Disponível em: <

Do sentido da justiça do Sistema Restaurativo

REYES MATE afirma que estamos diante de uma mudança de época no tratamento da justiça que já não poderá constituir unicamente em castigar o culpado, mas também e principalmente em reparar a vítima. Afirma o Autor que são duas as perspectivas não excludentes, mas complementares. Ambas caem sob o rótulo de justiça e pertencem, portanto, ao âmbito da política. O termo latino *jus* pode se referir ao direito e à virtude da justiça. De justiça trata a filosofia prática (a que se ocupa da moral e da política) e também o direito. São dois mundos relacionados, mas fundamentalmente diferentes⁹².

A razão desta diversificação do *jus*, segundo o Autor, reside no facto de que a acção injusta produz muitos efeitos daninhos. O direito se ocupa de alguns deles que declara delitos porque atentam contra valores que os cidadãos querem proteger mediante leis cuja inculcação carrega penas e castigos. O delito é uma infracção da lei. Mas há outros muitos efeitos daninhos que são injustiças, embora não vão contra uma lei penal. Não vão contra uma lei positiva, mas sim contra princípios morais ou, na linguagem kantiana, contra a lei moral. São imoralidades que convertem o sujeito que as faz em culpado (embora não em delincente). Se fazer justiça, no caso do delito, consiste em fazer cair a autoridade da lei, no segundo caso há que apelar a outra forma de justiça já que não há lei positiva que invocar, e disso também se ocupa a justiça filosófica⁹³.

É desse pensamento que se parte para refletir sobre o sentido de justiça do sistema restaurativo. Primeiro vamos verificar na filosofia clássica o conceito de justiça como forma de imposição legal, como ocorre com a resposta dada ao crime pelo sistema penal que, estritamente balizada pelas exigências da legalidade, não pode deixar de ser conformada por uma compreensão essencialmente objetivada da justiça da decisão. Em seguida analisaremos outras concepções de justiça que entendemos pertinente ao estudo, para, ao final, discorrer sobre a outra forma de justiça que nos parece adequada à justiça restaurativa, considerando que esta proposta parece ter no horizonte uma compreensão subjetiva de justiça⁹⁴.

http://www.tjrs.jus.br/export/poder_judiciario/tribunal_de_justica/corregedoria_geral_da_justica/projetos/projetos/justica_sec_21/Relatorio_de_Gestao_2015_Programa_JR21_TJRS.pdf.

⁹² Manuel-Reyes Mate Rupérez, “*Sobre la reconciliación o de la memoria al perdón*”, Loc. cit, p. 2.

⁹³ *Ibidem*.

⁹⁴ Para Cláudia SANTOS, a ponderação de justeza na pacificação do conflito de que trata o direito penal pode ser desligada da avaliação de justeza da solução atinente à reparação dos danos da vítima através de uma responsabilização voluntária do agente. Um dos factores que prejudica a hodierna convicção sobre a justeza da decisão penal, segundo a Autora, prende-se com o sentimento da incompletude da resposta ao crime na perspectiva da satisfação das necessidades concretas de reparação da vítima e de reintegração do

Iniciamos com THOMAS HOBBS, pensador do Século XVII, que discorre sobre a justiça a partir do estado de natureza onde alega não haver nenhuma regra que regulamente os apetites dos homens e, portanto, nada pode ser injusto. As noções de bem e de mal, de justiça e injustiça, afirma o filósofo, não podem aí ter lugar, porque onde não há poder comum não há lei, e onde não há lei não há injustiça. É a partir da convenção, do pacto social, segundo HOBBS, que tem lugar uma justiça contra a natureza que regulamente os apetites dos homens, vez que entende que a justiça e a injustiça não fazem parte das faculdades do corpo ou do espírito, pois, se assim fosse, poderiam existir num homem que estivesse sozinho no mundo, do mesmo modo que seus sentidos e paixões. Alega que são qualidades que pertencem aos homens em sociedade, não na solidão. Para HOBBS, uma das paixões que faz os homens tender para a paz é o medo da morte violenta e a razão sugere adequadas normas de paz, em torno das quais os homens podem chegar a acordo. Na lei de natureza, nessa acepção, reside a fonte e a origem da justiça, pois sem um pacto anterior não há transferência de direito e todo homem tem direito a todas as coisas, conseqüentemente nenhuma acção pode ser injusta, mas, depois de celebrado um pacto, rompê-lo é injusto. Para que as palavras "justo" e "injusto" possam ter lugar, é necessária alguma espécie de poder coercitivo, capaz de obrigar igualmente os homens ao cumprimento de seus pactos, mediante o terror de algum castigo que seja superior ao benefício que esperam tirar do rompimento do pacto, de modo que, na concepção do Autor, a natureza da justiça consiste no cumprimento dos pactos válidos, mas a validade destes só começa com a instituição de um poder civil suficiente para obrigar os homens a cumpri-los⁹⁵.

Blaise PASCAL, contemporâneo de HOBBS, reflete sobre a justiça e a força. Aduz primeiramente que é arriscado dizer ao povo que as leis não são justas, pois ele só lhes obedece porque as julga justas. A justiça é, portanto, o que está estabelecido, e, assim, todas as leis estabelecidas serão necessariamente tidas como justas, sem ser

agente, ou seja, a justiça talvez não se baste com a punição e a reintegração dos valores “gerais”, devendo associar-se também à satisfação de necessidades dos concretamente envolvidos. Nessa linha, aduz que uma resposta ao crime dificilmente tenderá para a realização da justiça se ignorar a necessidade de corresponder às expectativas legítimas dos seus destinatários quanto a dois aspectos que se prendem, em sentido muito amplo, com a punição e com a reparação – e por isso, em certo sentido, com a “questão penal” e com a “questão restaurativa”. A realização da justiça suporá, nessa medida, uma reintegração de valores, mas também uma reintegração da paz individual. A justiça restaurativa, portanto, segundo Cláudia SANTOS, não é compreensível sem que se faça apelo à valorização da subjetividade enquanto elemento que o pensamento da justiça não deve desconsiderar. (*A Justiça Restaurativa: Um modelo de reacção ao crime diferente da Justiça Penal: Porquê, para quê e como?*, cit., ps. 288-293).

⁹⁵ THOMAS HOBBS de Malmesbury, *LEVIATÃ*, Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva, ps., 47-52. Acesso em 12 novembro de 2017. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_thomas_hobbes_leviatan.pdf.

examinadas, uma vez que estão estabelecidas. Mas, diferente de HOBBS, não vê na força um artifício isolado para fazer valer a justiça, e sim como um complemento da justiça, afirmando que a justiça sem força é impotente e a força sem a justiça é tirânica. A justiça sem força é contradita, porque há sempre maus, a força sem a justiça é acusada. É preciso, pois, reunir a força e a justiça e, dessa forma, fazer com que o que é justo seja forte e que o que é forte seja justo⁹⁶. Não basta uma ideia de justiça. É preciso uma força que a faça triunfar. Da mesma forma, se não tiver uma justiça para refrear a força, esta passa a ser um triunfo do mais forte sobre os demais. Não obstante força e justiça terem fundamentos discrepantes, paradoxalmente, não devem existir separadamente.

No Século seguinte (XVIII), DAVID HUME também defende que a justiça nasce das convenções humanas devido a certas condições das quais necessitam o homem, seja em relação a afetividade, seja em relação as coisas que ele busca no mundo e, portanto, a finalidade dessa convenção é dar estabilidade para os bens externos e condições para que cada membro possa usufruir de seus bens em segurança, desde que aceite as limitações concernentes aos bens dos outros. HUME aponta três espécies de bens que o indivíduo pode possuir como sendo: a satisfação interior do espírito; as qualidades exteriores do corpo e a fruição dos bens adquiridos com o trabalho e a boa sorte. O primeiro, segundo o Autor, não nos pode ser tomado. O segundo, embora nos possa ser tirado, não traria nenhuma vantagem para quem o fizesse. O terceiro, no entanto, é escasso na natureza e pode ser tomado violentamente ou transferido. HUME afirma que *“assim como o aperfeiçoamento desses bens é a principal vantagem da sociedade, assim também a instabilidade de sua posse, juntamente com sua escassez, é seu maior impedimento”*⁹⁷. E, mais adiante conclui que *“uma vez firmada essa convenção sobre a abstinência dos bens alheios, e uma vez todos tendo adquirido uma estabilidade em suas posses, surgem imediatamente as ideias de justiça e de injustiça, bem como as de propriedade, direito e obrigação. Estas últimas são absolutamente ininteligíveis sem a compreensão das primeiras”*⁹⁸.

A justiça convencional refletida por esses pensadores pressupõem os vícios dos homens que o pacto visa coibir, e, assim, partem de um hipotético pacto social onde

⁹⁶ Blaise PASCAL, *Pensamentos*, Fonte Digital www.ngarcia.org, 2002, ps. 288-292. Disponível em <<http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/pascal.pdf>> Acesso em 12 nov 2017.

⁹⁷ David HUME, *Tratado da Natureza Humana*, Tradução de Débora Danowski, São Paulo: Editora da UNESP, 2009, p. 528.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 531.

supostamente os indivíduos deliberaram sobre os princípios de uma justiça de cunho deontológica, onde o justo pactuado necessariamente precede o bem, sem levar em conta as tendências e inclinações dos homens, seja de que natureza for, como factos admitidos. Pelo contrário, os desejos e as aspirações dos indivíduos são restringidos desde o início pelos princípios de justiça que especificam os limites que os sistemas humanos de finalidades devem respeitar.

Em que pese à justiça convencional ser útil para compreensão de uma sociedade que busca se organizar refreando os impulsos individuais, como ocorre para o direito penal, julga-se inservível para a justiça restaurativa por dois motivos. A uma, porque num contexto de restauração o pacto social já fora quebrado pelo cometimento do delito e não há mais uma força externa oriunda de uma lei impositiva que obrigue as partes a um comportamento justo, ou seja, não há mais respeito por uma justiça por medo do castigo. A duas, porque tal concepção de justiça desconsidera o facto de que o indivíduo pode agir com justeza não por temor à lei, mas por ser virtuoso.

CÍCERO, filósofo romano (por volta de 150 a 50 a.C.), já aduzia que se a justiça fosse apenas uma convenção que inibe o homem de cometer injustiças por uma obediência temerária à lei não haveria como se justificar a virtude, pois esta não decorre de uma mera obediência temerária à lei, e ela existe. Se o que separa os homens da injustiça fosse só o medo do castigo, o transgressor, tão logo cumprida a pena, não sentiria mais preocupação alguma, diz CÍCERO. Mas, mesmo desresponsabilizado pelo Estado, se questionado sobre o facto, ou nega a sua prática, ou tenta justificá-lo com base em algum ressentimento ou se apega em alguma outra razão natural para justificar o ato. Portanto, o castigo oriundo de uma sentença judicial não anula o castigo que advém da angústia da consciência e do tormento da culpa, e isso, na perspectiva do filósofo romano, demonstra que a justiça transcende a convenção⁹⁹.

Entretanto, não obstante acreditar que a justiça transcende qualquer acordo pré-estabelecido, não nos parece crível pretender que num encontro restaurativo a justiça almejada pelas partes seja alcançada exclusivamente pela virtude, haja vista a escassez hodierna desta. Quiçá por isso se deva considerar que num contexto restaurativo a justiça deva ser analisada de forma paradoxal, porquanto não se pode mais invocá-la baseada num pacto pretérito, vez que este fora desrespeitado e não há mais lei que a sustente por imposição de um castigo, nem se pode esperar que as partes em conflito

⁹⁹ M. Túlio CÍCERO, *Das Leis*, Tradução de Otávio T. de Britos, São Paulo: Editora Cultrix, 2009, ps. 48 ss.

ajam de forma virtuosa e venham alcançar uma cura por transcenderem todos os vícios que as cercam, mormente por se perceber que num mundo globalizado, onde se perde as raízes da convivência, comumente os indivíduos agem com uma generosidade restrita, revelando ou velando os interesses por trás de tal ação.

No Século XX, John RAWLS¹⁰⁰, Autor que conheceu a complexidade da modernidade, não obstante tratar primariamente da justiça convencional, também reconhece que um certo consenso nas concepções de justiça não é, todavia, o único pré-requisito para uma comunidade humana viável. Há outros problemas sociais fundamentais, em particular os de coordenação, eficiência e estabilidade. Assim, os planos dos indivíduos precisam se encaixar uns aos outros para que as várias atividades sejam compatíveis entre si e possam ser todas executadas sem que as expectativas legítimas de cada um sofram frustrações graves. Quando ocorrem infrações, devem

¹⁰⁰ RAWLS fundamenta uma sociedade justa através da distribuição de bens e direitos e, para tanto, busca desenvolver regras e princípios que sejam justos. Dessa forma, parte o autor da premissa hipotética de um novo contrato social (diverso dos contratualistas clássicos), visto a impossibilidade de se formular regras e princípios justos a partir das posições sociais das pessoas que já estão participando da sociedade, pois, dessa forma, cada um iria formular pretensões de justiça considerando o lugar que já ocupa na sociedade. RAWLS, assim, abstrai as pessoas de suas posições sociais e as considera numa posição originária onde estariam encobertas por um “véu da ignorância”. Acredita o Autor que dessa forma é possível que as pessoas formulem regras e princípios justos, imparciais, que sirvam para todos, porque desconhecem o lugar que ocuparia na sociedade. Presume que nessa posição originária as pessoas formulariam dois princípios básicos para a construção da justiça social. O primeiro é que todos devem ter a mesma liberdade e o segundo é que as desigualdades econômicas são legítimas, desde que se respeitem duas regras: que se favoreçam ao máximo os menos favorecidos e que se respeite a igualdade de oportunidades. Assim, construída sob o véu da ignorância onde todos os contratantes, numa posição originária de igualdade possam deliberar sobre princípios de justiça desconhecendo suas posições futuras na sociedade, refleti o Autor sobre as estruturas básicas da sociedade numa perspectiva de justiça como equidade, reconhecendo que cada pessoa possui uma inviolabilidade fundada na justiça que nem mesmo o bem-estar da sociedade como um todo pode ignorar. Por essa razão, a justiça nega que a perda da liberdade de alguns se justifique por um bem maior partilhado por todos. Não permite que os sacrifícios impostos a uns poucos tenham menos valor que o total maior das vantagens desfrutadas por muitos. Portanto, afasta-se de uma concepção utilitarista de justiça social que afirma que uma sociedade está adequadamente ordenada quando suas instituições maximizam o saldo líquido de satisfações, visto que numa sociedade justa, para o Autor, as liberdades da cidadania igual são consideradas invioláveis; os direitos assegurados pela justiça não estão sujeitos à negociação política ou ao cálculo de interesses sociais e, ainda, acrescenta que uma injustiça é tolerável somente quando é necessária para evitar uma injustiça ainda maior. Sendo virtudes primeiras das atividades humanas, a verdade e a justiça são indisponíveis. Uma sociedade é bem-ordenada, segundo RAWLS, não apenas quando está planejada para promover o bem de seus membros na distribuição adequada dos benefícios e encargos da cooperação social, mas quando é também efetivamente regulada por uma concepção pública de justiça onde todos aceitam e sabem que os outros aceitam os mesmos princípios de justiça e as instituições básicas geralmente satisfazem, e geralmente se sabe que satisfazem esses princípios. Uma concepção de justiça como constituindo a carta fundamental de uma associação humana bem-ordenada. (John RAWLS, *Uma Teoria da Justiça*, Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves, São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2000, ps. 4-6, e p. 26). Como se percebe, a teoria de RAWLS é voltada para a justiça social numa perspectiva de distribuição de bens e direitos sem a preocupação com outras formas de justiça observadas nas práticas sociais em geral, embora, pontualmente as abordem. Para o nosso estudo, entretanto, focaremos justamente nessas abordagens pontuais refletidas pelo Autor no que se referem aos sentidos atribuídos à justiça.

existir forças estabilizadoras que impeçam maiores violações e que tendam a restaurar a organização social, mormente, considerando que a desconfiança e o ressentimento corroem os vínculos da civilidade, e a suspeita e a hostilidade tentam os homens a agir de maneira que eles em circunstâncias diferentes evitariam. Nessa linha, não se pode, em geral, avaliar uma concepção da justiça unicamente por seu papel distributivo, convencional, por mais útil que ela seja na identificação do conceito de justiça, pois precisa-se levar em conta suas conexões mais amplas, vez que, embora a justiça tenha uma certa prioridade, sendo a virtude mais importante das instituições, ainda é verdade que, em condições iguais, uma concepção da justiça é preferível a outra quando suas consequências mais amplas são mais desejadas¹⁰¹.

A justiça como equidade, para RAWLS, não é uma teoria completa contratualista, visto que a ideia contratualista pode ser estendida à escolha de um sistema ético mais ou menos completo, isto é, um sistema que inclua princípios para todas as virtudes e não apenas para a justiça. Assim, reconhece o alcance limitado da justiça como equidade e do tipo genérico de visão que ela representa¹⁰². Isso porque os princípios adotados sob o véu da ignorância podem corresponder às nossas ponderadas convicções sobre a justiça, mas, em havendo discrepâncias, podemos ou modificar a avaliação inicial ou revisar nossos juízos atuais, pois até mesmo os julgamentos que provisoriamente tomamos como ponto fixo estão sujeitos a revisão. Por meio desses avanços e recuos, às vezes alterando as condições das circunstâncias em que deve obter o acordo original, outras vezes modificando nossos juízos e conformando-o com os nossos princípios, julga o Autor que acabaremos encontrando a configuração da situação inicial que ao mesmo tempo expressa pressuposições razoáveis e produza princípios que combinem com nossas convicções devidamente apuradas. A isso chamou de equilíbrio reflexivo. Equilíbrio que não é necessariamente estável, pois está sujeito a ser perturbado por outro exame das condições que se pode impor à situação contratual e por casos particulares que podem levar a revisar nossos julgamentos. Tenta-se acomodar em um mesmo sistema, tanto os pressupostos filosóficos razoáveis impostos aos princípios, quanto os nossos juízos ponderados sobre a justiça. Dessa forma, uma concepção de justiça não pode ser deduzida de premissas axiomáticas ou de pressupostos impostos aos princípios, ao contrário, sua justificativa é um problema de

¹⁰¹ *Ibidem*, ps. 6-7.

¹⁰² *Ibidem*, ps. 18-19.

corroboração mútua de muitas considerações de ajuste de todas as partes numa única visão coerente¹⁰³.

Nessa medida, parece que para o sistema restaurativo, pode-se considerar esse ajuste como um ponto de partida para uma seleção de *sentido* de justiça. Esse *sentido*, que não necessariamente de equidade, haja vista que o pacto se rompe com o cometimento do delito, poderia ser de utilidade. Isso porque os dois conceitos principais da ética são os de justo e de bem. A estrutura de uma teoria ética é em grande parte determinada pelo modo como ela define e interliga essas duas noções básicas. Numa teoria teleológica, como é o caso do utilitarismo, o bem se define como a satisfação de um desejo racional, independentemente do justo, e, nessa linha, o justo se define como aquilo que maximaliza o bem¹⁰⁴. Se numa justiça pública convencionalizada o justo deve anteceder o bem, nada impede, que numa dimensão sistémica de justiça interpessoal, que contribua para a pacificação de uma determinada comunidade, onde se busca restaurar dos escombros algum sentimento de justiça, o bem venha anteceder o justo. Aliás, como o próprio nome sugere, justiça restaurativa visa promover um bem, ou seja, repristinar a autoestima da vítima, mesmo que para isso deva-se considerar os seus interesses. Ademais, como reconhece RAWLS, quando se chega ao utilitarismo pelo caminho mais natural da reflexão, há a unificação de todos os sistemas de desejos que submete os direitos assegurados pela justiça ao cálculo dos interesses sociais¹⁰⁵. Nessa concepção, poder-se-ia dizer que a ideia que deve ser levada em conta na decisão do que é justo num encontro restaurativo não é deontológica, mas sim a teleológica, ou seja, a satisfação do desejo da vítima em ser restaurada e, em certa medida, do agente em poder reparar moralmente o dano que causou, bem como a pacificação da comunidade diretamente envolvida.

Porém, uma justiça utilitária, pautada em interesses, torna-se instável, uma vez que não advém de um valor pré-estabelecido e sim de uma ideia de restauração que se funda primariamente no interesse da vítima e, por essa razão, tal concepção de justiça flutua conforme os interesses, pois se funda num desejo faltante da vítima que a presença anula. Daí surge o problema da estabilização do sentido. Para ter validade para o sistema restaurativo um sentido de justiça selecionado tem que se materializar, tornar-

¹⁰³ *Ibidem*, ps. 22-23.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 26.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 32.

se intersubjetivo, tocável pelas partes do processo restaurativo, isto é, tem que ser percebido, aceito e compartilhado por todos e, portanto, não pode ser instável.

Como se percebe, o caminho até aqui trilhado resulta numa aporia, porquanto a justiça do sistema restaurativo não tem mais arrimo no medo de um castigo; a virtude é escassa e o interesse flutua. Não há um norte para ela, um ponto externo de expressão de justeza tocável por todos, antes parece ocorrer na intersubjetividade que cada indivíduo constrói para si e, não obstante invisível aos outros, acredita ser compartilhado, *i.e.*, o sentido de justiça está vinculada à percepção subjetiva de cada um.

Não obstante, LUHMANN ao discorrer sobre o sentido da ideia de justiça nos dá uma alternativa e, embora seja ela paradoxal, como tudo na teoria do Autor, julga-se a mais adequada para a compreensão do sentido da justiça pretendida pelo sistema restaurativo. LUHMANN delimita o problema da justiça mediante distinções decorrentes da autorreferência dos sistemas, mas não da autorreferência como operação, no nível do código binário ou na forma de teoria de distinção ontológica à priori do *ser e dever ser*, como ocorre na justiça convencional, mas na autorreferência como observação no nível dos programas que o sistema visa e na forma de uma norma contrafactual propensa ao desapontamento, pois a discussão do que é justo gira em torno das expectativas cognitivas aptas ao aprendizado e, assim, não se prende à expectativa normativa de manter uma justiça que radica apenas o *dever ser* da organização social, pois esta não se modifica de imediato, se rebela contra a realidade, e, portanto, para a teoria pós-ontológica luhmanniana, essa norma contrafactual propensa à desilusão tem a ver com o processo de evolução social. E isso, segundo o Autor, significa que podem existir sistemas injustos ou mais ou menos justos, pois nem a autopoiesis operativa do sistema, nem o código necessariamente invariável podem ser justos. A ideia de justiça para LUHMANN se pode entender como uma *fórmula de contingência* do sistema que se situa em um plano que se pode compará-la com outras fórmulas de contingências sem que se tenha que se utilizar o conceito de valor, como, por exemplo, com o princípio da escassez no sistema económico; com ideias como a formação ou a capacidade de aprendizagem no sistema educativo¹⁰⁶, e, no nosso caso, com a ideia de cura no sistema restaurativo.

A justiça como fórmula de contingência toma assim o lugar de uma grande quantidade de outros conceitos decisivos na sua definição, tais como, virtude, princípio,

¹⁰⁶ Niklas LUHMANN, *El Derecho de la Sociedad*, cit, ps. 279-280.

ideia, valor, etc., sem que substitua de todo essas asserções e isso significa que só um observador externo (as partes em conflitos, compreendidas como sistemas pessoais autorreferentes, ou outro subsistema social) pode falar de fórmula de contingência, enquanto que o próprio sistema tem que designar a justiça como oferecimento com o que o sistema se identifica como ideia, como princípio ou como valor, ou seja, no interior do sistema a justiça como fórmula de contingência se assegura como irrefutável, se canoniza¹⁰⁷.

Ora, se a ideia da justiça restaurativa se identifica com a promoção de uma cura interpessoal, quem a ela aderir terá consciência intuitiva¹⁰⁸ de que o que se busca num encontro restaurativo não é mais reconstruir um estado *a quo* de uma justiça deontológica baseada num valor, haja vista que esta já se perdeu com a prática do delito, mas sim em aderir a uma ideia de justiça pautada na reprimenda da humanidade das partes, que visa ajudar a vítima a abarcar a experiência do episódio criminoso em seu itinerário e ao agente do delito a assumir a sincera responsabilidade do ato praticado. Mas para que tenha êxito, os sistemas pessoais envolvidos devem observar o observar do observador, ou seja, devem ter capacidade própria ou auxiliada de uma observação de segunda ordem, onde cada um deles possa livremente, mas com responsabilidade e empatia, observar a observação do outro.

Portanto, na falta de um norte de justeza, a justiça compreendida como *fórmula de contingência* permite que os intervenientes a alcance subjetivamente considerando as suas reais necessidades, sejam estas decorrentes da virtude, do próprio interesse, da solidariedade, da fraternidade ou de qualquer outro motivo que conduza ao sentimento pessoal de justiça. Não obstante assentada numa estrutura paradoxal, parece-nos que para o sistema restaurativo a justiça como fórmula de contingência curativa acaba por se exteriorizar se, no caso concreto, ao compará-la com as contingências das partes em

¹⁰⁷ *Ibidem.*

¹⁰⁸ RAWLS constata que não há nada necessariamente irracional no apelo à intuição para resolver problemas de prioridade, porquanto se deve reconhecer a possibilidade de não haver nenhum jeito de eliminar a pluralidade de princípios e, sendo assim, qualquer concepção de justiça deverá depender até certo ponto da intuição, visto que os homens avaliam os princípios finais de maneira diferente e por isso, não raras vezes, suas concepções de justiça são diferentes. Dessa forma, se os juízos intuitivos dos homens sobre as prioridades forem semelhantes, não importa, na prática, se eles não podem formular os princípios que explicam essas convicções, ou sequer provar a sua existência. O problema da prioridade não está em como lidar com a complexidade de factos morais concretos que não podem ser alterados, ao contrário, está no problema de formular propostas razoáveis e geralmente aceitáveis para produzir o consenso desejado nos entendimentos. Portanto, a melhor explicação do senso de justiça de uma pessoa, do ponto de vista da teoria ética, não é a que combina com suas opiniões emitidas antes que ele examine qualquer concepção de justiça, mas sim a que coordena os seus juízos em um equilíbrio refletido. (John RAWLS, Uma Teoria da Justiça, cit., ps. 44-45 e p. 48).

processo de cura, resultar eficaz para satisfazer as necessidades concretas da vítima e promover a reintegração social do agente, é dizer, resultar no restabelecimento da humanidade quebrada pelo delito.

Do “locus” do Sistema Restaurativo

A questão que se coloca e que se busca refletir é sobre o “locus” da Justiça Restaurativa na sociedade, uma vez que, diferentemente do que ocorre com as práticas restaurativas *lato sensu* que formam apenas sistemas comuns, interacionais, que, sem abrangência social, se dão em ambientes diversos, como, por exemplo, na família, nas instituições religiosas, nos ambientes laborais, escolares, etc. (que, diga-se de passagem, tais práticas, por suposto, são responsáveis por uma parcela significativa das chamadas cifras negras), ao ganhar ressonância social e se formar como um subsistema restaurativo funcional que abarca uma complexidade desordenada do sistema penal e com ela opera com escopo de restaurar a humanidade das partes através de um encontro de diálogo curativo, torna-se necessário pensar qual o “locus” desse sistema.

Segundo Egberto de Almeida PENIDO *et al* há posicionamentos que advogam que a Justiça Restaurativa deve ficar restrita ao âmbito dos Tribunais, sob pena de surgirem abusos de poder – não observância das garantias processuais – e emergirem tribunais populares que levem a uma “ditadura da maioria”, como também posicionamento que vai em direção oposta e avalia que a Justiça Restaurativa pertence à comunidade e à sociedade civil organizada, sob pena de corromper seus princípios ao ser inserida em um sistema de poder vigente. Nessa celeuma, se posicionam os Autores no sentido de que a Justiça Restaurativa é possível e necessariamente deve estar dentro dos Tribunais, os quais têm condições de reformular paulatinamente suas estruturas e ressignificar as funções dos operadores do Direito¹⁰⁹.

Entretanto, como vimos, o sistema restaurativo é um sistema comunicacional que se difere dos contornos dos sistemas jurídicos, porquanto reage ao crime considerando uma dimensão pessoal em um outro nível de percepção de justiça, sem que seja necessário a intervenção de um tribunal imputando culpa e ditando uma exclusiva forma de justiça. Ademais, o sistema restaurativo elege como entorno interno o sistema

¹⁰⁹ Egberto de Almeida PENIDO/Monica Maria Ribeiro MUMME/Vanessa Aufiero da ROCHA, *Justiça Restaurativa e sua Humanidade Profunda: diálogos com a resolução 225/2016 do CNJ*, Justiça Restaurativa: horizontes a partir da resolução CNJ 225, ps. 205-208. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/08/4d6370b2cd6b7ee42814ec39946f9b67.pdf>> Acesso em 22 de nov 2017.

penal e, se este é tido como a *ultima ratio* num contexto pós-pacto social a ser utilizado quando os demais ramos do direito tiverem falhado, o sistema restaurativo está para além disso, é pós *ultima ratio*, pois tem por objetivo último conduzir as partes em conflito a um retorno à posição originária, isto é, aparenta ser o ponto final de um desenho de construção social que toca o ponto de partida, e, retornando a essa posição original, os intervenientes se observam livres de seus capitais sociais, do custoso título de sujeito e de tudo o mais que o pacto social lhes atribuíram, restando apenas o encontro racional com a humanidade. E, nesse contexto, não obstante salvaguardarem-se as partes, empoderando-as a um diálogo seguro, não há que se falar em garantias processuais, rompimento de princípios, ditadura da maioria, etc., pois ali, só há os “eus” e suas limitações diante da complexidade do mundo que a elas é devolvida.

De modo que a comunicação que se pretende envolve não sujeitos de direitos, mas seres humanos e, é nessa qualidade, que se busca a restauração. Essa comunicação, portanto, é desjudiciada e, por tal razão, não pode ocorrer num tribunal. Isso porque, na perspectiva sistémica luhmanniana, como discorremos no capítulo primeiro, fica reservado para os tribunais as operações que reclamam uma decisão judicial, o resto se aloca na periferia do sistema jurídico. Em sendo assim, o “*locus*” da comunicação da justiça restaurativa necessariamente tem que ser na periferia do sistema de direito, onde não há a necessidade de decidir, vez que é na periferia que os demais campos de trabalho não judiciais do sistema do direito se alocam, visto que não existe a necessidade de decidir, ou seja, o sistema jurídico desloca para a periferia as funções e processos que são compatíveis com o facto de se manterem abertos para as variedades, adaptações e pressões do entorno. Na periferia as irritações se formalizam ou não juridicamente e, dessa maneira, possibilita o sistema preservar sua autonomia ao não-ter-que-decidir e, assim, garante que o direito não funcione simplesmente como extensão, sem vontade, de operações externas ao direito. É nessa periferia que se aloca, segundo se julga, a comunicação da justiça restaurativa¹¹⁰.

Assim sendo, enquanto tal comunicação ocorrer nos limites do sistema restaurativo não há que se falar em ofensa ao princípio da reserva do juiz, pois o núcleo deste princípio, segundo Cláudia SANTOS, se associa à defesa do cidadão face ao exercício do poder punitivo estadual e, portanto, a intervenção do juiz não assume a mesma preponderância em modelos de reacção ao conflito que sejam distintos daquele

¹¹⁰ Niklas LUHMANN, *El Derecho de la Sociedad*, cit., ps. 383-384, e ps. 398-399.

exercício de uma autoridade estadual que, de forma coercitiva, determina uma sanção penal para um crime, ou seja, só se a solução de um conflito interpessoal submetido ao sistema restaurativo ultrapassar os seus limites e tiver de ser ditada de forma autoritária ou se a decisão envolva, ainda que potencialmente, a ofensa a direitos fundamentais do indivíduo, tal decisão terá de caber a um juiz. Nesse caso, o princípio da reserva do juiz ganha especial sentido enquanto garante dos direitos fundamentais dos indivíduos, pois, adentrando no âmbito do sistema penal, admite-se a limitação coactiva destes¹¹¹.

De modo que, funcionando a justiça restaurativa como sistema autónomo de diversão para conflitos ainda não submetidos ao sistema penal, as injunções e regras de comportamento porventura acordadas como idôneas para restauração ampla das partes, desde que não firam os direitos fundamentais e o sentimento de dignidade pessoal do indivíduo, a moral e os bons costumes, parecem que prescindem do monopólio da função jurisdicional atribuída aos juizes e, funcionando como complemento pós-sentencial do direito penal, a restauração que se pretende, segundo Cláudia SANTOS, já não é sobretudo a do conflito jurídico-penal, mas sim (inter)pessoal¹¹².

Dai resulta que, se a comunicação sistémica restaurativa se aloca na periferia do sistema jurídico por ser desjudiciada, do mesmo modo julga-se que o espaço físico destinado para atender essa demanda também tem que ser diverso de um tribunal penal, pois este se mantém afetado pela jurisdição e simbolicamente afetado pelos processos ritualizados que instrumentalizam a vítima e despojam o transgressor da sua identidade, ou seja, por mais que se possa negar, representa para o senso comum um ambiente físico cuidadosamente preparado para a realização de uma típica cerimônia

¹¹¹ Cláudia SANTOS, *A Justiça Restaurativa: Um modelo de reacção ao crime diferente da Justiça Penal: Porquê, para quê e como?*, cit., p. 473 e p. 479. Ademais, afirma Cláudia SANTOS que a atenuação das exigências do princípio da reserva do juiz em espaços da própria resposta punitiva estadual considerados menos desvaliosos para o cidadão vem-se tornando visível, mesmo no direito processual penal português e, a título de exemplo, aponta as soluções previstas nos n.º 3 e 4 do artigo 16.º; no artigo 281.º e nos artigos 392.º e 394.º, todos do CPP, a partir do denominador comum de um certo “encurtamento” do espaço de intervenção do juiz à custa de uma relativa expansão do campo de actuação do Ministério Público, mas sempre em contextos que se pretendem não conducentes a uma agravação da posição do arguido e antes a um seu tendencial favorecimento. Tal entendimento foi sedimentado pelos Acórdãos n.ºs. 393/89; 67/2006; 116/2006, todos do Tribunal Constitucional (*Ibidem*, 473-477). Na mesma linha, Germano Marques da SILVA, ensina que se houve fases históricas em que a função do tribunal no processo penal era considerada absolutamente dominante e essencial, quase exclusiva, não se pode hoje deixar de atender à importância que num processo com estrutura acusatória revestem os demais sujeitos processuais, a tal ponto que o processo pode nascer, desenvolver-se e findar sem qualquer intervenção da jurisdição, como sucede com frequência na fase pré-acusatória (inquérito), ou em que o âmbito da intervenção da jurisdição é limitado pelos demais sujeitos (Germano Marques da SILVA, *ob. cit.*, p. 14).

¹¹² Cfr. Cláudia SANTOS, *últ. ob. cit.*, p. 479.

degradante¹¹³ e, portanto, aparenta inservível para um processo restaurativo, visto que para a realização deste se faz necessário um local higienizado de qualquer referência à coerção, desritualizado, imune da estigmatização tão presente nas audiências penais. Um espaço onde seja possível garantir as oportunidades legítimas de cura, de inclusão social, que permita atribuir dignidade, que seja capaz de preservar a autoimagem e a autoestima das partes, ou seja, um local especialmente preparado com estruturas cognitivas que reduzam a dupla contingência dos partícipes, definindo as fronteiras do que se pretende através de uma especial ambientação que permita uma impressão difusa de que o espaço é reservado para receber a humanidade dos indivíduos em processo de restauração.

Do “encontro restaurativo”

O encontro restaurativo é o *clímax* do sistema, pois é o eventual resultado curativo decorrente do arranjo desse processo de sentido que retroalimenta a comunicação do sistema restaurativo e, dessa forma, permite a sua reprodução e manutenção funcional no tempo. Mas, como dito alhures, trata-se de um encontro voluntário (e não necessariamente espontâneo – o que implica dizer que pode ser fomentado por um terceiro) oferecido pelo sistema através do seu código binário *alcance de um voluntário*

¹¹³ Cerimônias degradantes são processos ritualizados em que o indivíduo delinquente é condenado e despojado da sua identidade, recebendo outra degradada, passando a partir daí a assumi-la, de forma que toda a sua experiência, designadamente a interação e a autoimagem, tendem a polarizar-se em torno deste novo papel (role-engulfment), uma vez que passa a ser visto sob a ótica de que essa conduta desviada revela o que ele afinal sempre foi. A identidade anterior vale, quando muito, como uma mera aparência, persiste como accidental. O julgamento criminal é a mais expressiva delas. (Jorge de FIGUEIREDO DIAS/ Manuel da COSTA ANDRADE, *Criminologia, O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena*, Coimbra: ed. Coimbra, 2013, ps. 350-351). Ora, se a audiência criminal é a mais expressiva das cerimônias degradantes, o local onde se realiza torna-se contaminado por ela, potencializando a estigmatização das partes. A estigmatização, como é sabido, é uma poderosa ferramenta de exclusão social e, ela, na percepção luhmanniana, também forma um sistema interacional no seio da sociedade, pois seu sentido se coisifica, torna-se intersubjetivo e, sendo constantemente compartilhado pelos degradadores, gera para o estigmatizado uma forçosa internalização do que lhe é atribuído, e, despojando-se de sua própria identidade, acaba por assumir o papel que os estigmatizadores lhe adscvem. A estigmatização deve ser confrontada socialmente e não alimentada nas instâncias formais de controle, pois potencializam a desviance secundária, ou seja, a estigmatização oriunda das audiências penais que começam a partir do momento que o indivíduo é enquadrado numa comunicação penal através das normas que prescrevem condutas convencionadas como sendo criminosas e passa pela adscrição (imputação) e pela degradação da sua imagem (cerimônias degradantes), acaba permitindo que ele assumo o papel de delinquente (role-engulfment), e, por consequência, alimenta a desviance secundária. E é essa circularidade fechada de elementos de comunicação estigmatizantes, na perspectiva sistêmica, a responsável pela produção e reprodução sistêmica da desviance, e, portanto, deve ser enfrentada. Assim, o que se deve combater é a hodierna reacção social ao crime, porquanto interage com o indivíduo delinquente de tal forma como se esperasse dele o resultado desviante e só quando ele responde aos estímulos dos estigmas sociais é que se torna socialmente reconhecido. Esse processo dinâmico e circular da comunicação estigmatizante da reacção social que vai desde a normatização penal até a efetiva assunção de papel de delinquente só serve para gerar novos atos de comunicação da mesma espécie.

encontro restaurativo ou *não*. Assim, ao aderirem por liberalidade, as partes poderão tematizar a metacomunicação através do diálogo, sendo, entretanto, imperioso que o sentido restaurativo seja compartilhado por todos para que o encontro restaurativo tenha êxito.

Essa imperiosidade do sentido ser compartilhado se faz necessário porque cada indivíduo justifica suas ações a partir de um conjunto de valores advindo de suas experiências pessoais¹¹⁴, e, assim, age cegamente para com os outros, estereotipando-os quando se desgosta do comportamento alheio por não se amoldar aos seus próprios valores e, dessa forma, tenta comunicar aquilo que já acredita, sem que haja a interpenetração das consciências. Isso demonstra que o indivíduo não conhece o mundo, só as suas escolhas, suas experiências e, na medida em que são afetados pelo mundo, constroem suas verdades¹¹⁵. Mas o mundo em sentido amplo é todo o resto, aquilo que se deixa de observar. Por isso o sentido metacomunicativo do sistema restaurativo deve imperar para orientar as ações dos indivíduos em processo de cura, haja vista que reduz a dupla contingência dos intervenientes do encontro ao expressar um ponto externo acessível a todos.

Deve imperar na relação das relações intrasistêmica, mas não determinar a adesão a tal comunicação, porquanto a nota volitiva é essencial para a realização do encontro, haja vista que se deve respeitar o querer das partes, mormente o tempo da vítima que teve sua vontade feita de súdita quando do facto criminoso e, portanto, na possibilidade da restauração, tal vontade deve ser soberana. Assim, em havendo a anuência esclarecida dos intervenientes, o processo curativo se faz maduro para a realização do encontro que, por sua vez, utiliza o método dialógico para se alcançar a cura. O

¹¹⁴ A imperiosidade de o sentido restaurativo ser compartilhado se faz necessária porque numa sociedade supercomplexa como a atual onde as pessoas vivem experiências comuns não raras vezes essas experiências são sintetizadas em símbolos diferentes, prejudicando a comunicação. Assim, se as partes em conflito não obstante partilharem a mesma experiência estiverem conectadas a símbolos diferentes que expressem aquela experiência, sequer irão se entender, pois a discussão do conflito entre elas se torna falsa, ou seja, vão discutir sobre coisas diferentes. Daí a necessidade da seleção de um sentido que venha a reduzir a dupla contingência entre as partes, formando um ponto de expressão tocável por elas que unifique a comunicação.

¹¹⁵ Ademais, devemos considerar ainda a seguinte reflexão atribuída por Roger MUCCHIELLI à filosofia de KIERKEGAARD: “Qualquer um de nós, de uma maneira insubstituível e única, tem de enfrentar o drama de uma situação particular para a qual todas as receitas, leis, obrigações, grandes ideias filosóficas são irrisórias e inadequadas. Tudo aquilo que está marcado pela generalidade é falso; os valores universais, as verdades, os princípios gerais, a razão, as grandes hipóteses cosmológicas, históricas ou científicas não são mais que fantasmas inúteis, sem qualquer relação com a realidade de cada existência em luta com as situações trágicas, com a profunda solidão de cada um de nós nas incertezas, nas angústias, nos problemas da sua vida”. (Roger MUCCHIELLI, *Histoire de la Philosophie et des Sciences Humaines*, Bordas – Paris, Tradução de Ana Maria Marques de Almeida, *Breviários de Cultura*, Vol. III, 1974, p. 95).

diálogo, portanto, é a poderosa ferramenta de restauração, ou seja, é nesse plano metodológico que às bases para a conquista da efetiva cura estão sedimentadas. De sorte que este diálogo pode ser facilitado por terceiros, mas a restauração em si é personalíssima, pois decorre da vontade própria, deve vir de dentro, brotar do querer das partes, de suas projeções subjetivas de sentido curativo, não pode ser fabricada por um grupo de facilitadores, apenas orientada, pois a condição indispensável da veracidade da cura depende do testemunho sincero do indivíduo para si mesmo. O encontro restaurativo, portanto, é o momento impar destinado às partes para que possam revelar o mal que permanece sendo alimentado pelo lado ocultado, silenciado, pelo lado obscuro do crime, para que tal mal pereça exposto à luz do sistema restaurativo. Por isso, tal método merece uma atenção especial.

Deve-se à partida, ter em conta que sujeitos são incapazes de dialogarem. Não há diálogo, *v.g.*, entre símbolos como: pais e filhos, alunos e professores, empregador e empregado, tampouco entre réus e vítimas, ofensor e ofendido. O diálogo requer um despojamento dos títulos e um revestimento de humanidade, uma vez que só é possível entre o “eu” e o “outro”, ou seja, entre o “nós”. Por tal razão, as partes devem se desapropriar dos símbolos sociais que as afastam da realidade e prejudicam a compreensão do que se busca comunicar num encontro restaurativo¹¹⁶. Devem entender que não há valoração dos seus capitais sociais ao dialogarem, pois isso requer uma potencialização da responsabilidade e da honestidade do que se fala, restando ao agente expressar seu sincero arrependimento pelo ato praticado, contemplando à vítima com o reconhecimento verbal da sua culpa, restaurando-a nos danos sofridos e, acima de tudo, libertando-a da agressão permanente que o lado ocultado do delito lhe impõe. À vítima, por sua vez, cabe compartilhar com o agente as feridas, os traumas, os danos que sofreu por ocasião do crime. Verbalizar, nesse sentido, é uma forma de exorcizar os demônios que se alojam no presente dos intervenientes, devolvendo a eles o senso da realidade entorpecido pelo crime. Tudo sem drenar a imagem dos partícipes do significado real

¹¹⁶ Nessa linha, o ser humano no contexto restaurativo deve ser compreendido como um sistema pessoal autorreferente desapossado de qualquer título social, pois é nessa condição que ele enfrenta de forma autônoma a essencialmente confusa e intrincada realidade que é sempre única, irrepetível, e, embora seja um sistema detentor de sentido, não o reproduz e, portanto, para que possa deliberar sobre a sua vontade e realizar uma escolha entre várias possíveis, deve ter uma pré-compreensão de um sentido construído e dado às coisas por um sistema social, seja este interacional, funcional ou organizacional, mormente na contemporaneidade, onde o encontro do indivíduo com o mundo na sua crueza se agrava, pois se dá com enfrentamento de problemas radicais de complexidade e contingências – de radical desorientação – que afetam a vida humana, individual e coletiva.

que ela representa e, para isso, requer um constante reconhecimento recíproco da humanidade que cada um deles possui.

É o paradigma da humanidade, portanto, que exige que a justiça satisfaça até o máximo do possível as necessidades dos seres humanos¹¹⁷, e, por tal razão, a justiça restaurativa parte do reconhecimento da capacidade das partes de aderir à comunicação oferecida para chegar a um entendimento e, ainda, da ideia de que o próprio diálogo constitui em si mesmo um princípio de solução de conflitos. Mas tal princípio deve estar higienizado das pulsões e inclinações que os afetos afligidos lhes impõem, bem como imune à defesa de representações sociais que cada indivíduo defende perante a sociedade, ou seja, o diálogo deve ser livre das limitações sociais para que permita às partes um autoexame de consciência. A efetiva restauração, nessa medida, é a diferença do que brota no indivíduo e o que é por ele percebido do mundo, ou seja, o senso da diferença entre as benesses da cura e dos malefícios do conflito permanecer repousa na memória e na responsabilidade. Dos intervenientes, portanto, não se pode exigir a negação do facto, pelo contrário, eles devem tomar consciência da realidade objetiva imposta pelo episódio criminoso e a diferenciar das projeções subjetivas de cura que se seguem e, sendo capazes de forma autónoma ou auxiliada de uma observação de segunda ordem que permita tal distinção, podem optar pela restauração.

Se assim desejarem, o ofendido deve ser ajudado a abarcar a experiência do facto delitivo em seu itinerário e o ofensor a assumir a sincera responsabilidade pelo ato praticado. Tudo com objetividade, sinceridade e responsabilidade, pois este tripé constitui a autoconsciência¹¹⁸. Não obstante, no autoexame de consciência as partes devem transcender de forma autónoma e reflexiva, observando, para tanto, as benesses que tal transcendência trará para suas vidas. Mas refletir de forma autónoma, segundo se julga, só é possível se aceitarmos a substituição luhmanniana do conceito de sujeito¹¹⁹ pelo conceito de sistema pessoal autorreferente que enfrenta a complexidade

¹¹⁷ Ignacio José SUBIJANA ZUNZUNEGUI, *El paradigma de humanidad en la Justicia Restaurativa*, San Sebastián, Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, nº. 26, 2012, p. 144.

¹¹⁸ Cfr. Olavo de CARVALHO, *O Jardim das Aflições – De Epicuro à ressurreição de Cesar: ensaio sobre o Materialismo e a Religião Civil*, 3ª ed., São Paulo: Vide Editorial, 2015, ps. 51 ss. Refere o Autor que “objetividade é sinceridade projetada no exterior, assim como sinceridade é introjeção dos limites objetivos. Sinceridade e objetividade, por sua vez, formam um nexo indissolúvel com a responsabilidade: as três condições que perfazem a autoconsciência moral”.

¹¹⁹ Segundo LUHMANN, não se discute mais hodiernamente, que a antropologia humanista da tradição europeia vem unida a uma metafísica ontológica. Isso significa, afirma o Autor, que na dita tradição a descrição do homem obedecia a um esquema objetivo e isso havia sido interpretado na perspectiva ontológica como o problema da essência humana ou como o problema de que era o homem em si mesmo – que por sua vez era um caso especial de um problema mais geral do que era o ser em si mesmo despidido

do mundo autonomamente, restando ao sistema restaurativo apenas a manutenção de

de quaisquer acidente, relação ou possibilidade de variação. Nessa medida, enquanto a ontologia pode ser entendida como uma descrição efetuada através da distinção entre o ser e o não-ser, foi possível tomar como base da descrição do humano uma distinção mais concreta, como era a distinção entre o homem e o animal. Isso levou a determinação do homem por meio da razão. Deste modo a razão foi entendida como a natureza do homem e, como qualquer natureza, como algo susceptível de corromper-se. Aqui havia escondido ARISTÓTELES um paradoxo dentro de uma ambivalência estrategicamente situada: “a natureza só pode conhecer-se em sua natureza, não na corrupção”. Por conseguinte, a natureza pode ser natural ou antinatural. Daqui que a teoria do homem e da cidade ficou em uma ética reasegurada pela física e a metafísica, ou seja, vinculada ao esquema normativo conforme/desviado. Mas uma teoria da sociedade moderna, para LUHMANN, está obrigada a explicitar uma descrição do homem que transcenda os meros resultados obtidos pela química orgânica, biologia celular, neurofisiologia ou psicologia, haja vista que para a realização plena da sociedade atual deve-se perceber que pontos de apoios outrora havidos, v.g., nas sociedades arcaicas, como ordem na economia familiar, hierarquia social que, mesmo ocorrendo vivas disputas, atribuía aos seres humanos posições sólidas, ou melhor, mesmos que essas posições de modo algum excluíssem uma considerável mobilidade, era oferecida a mobilidade individual uma estrutura que permitia de antemão a pressupor. Nessa linha, aduz que o primeiro e até hoje mais importante plano de salvação foi o dado ao homem o título de sujeito, o que implicou uma subversão completa da distinção antiga entre sujeito e objeto, visto que o homem perde a sua objetividade que passa para o sujeito onde ele mesmo ocorre no sujeito que serve como base de si mesmo e de tudo o mais. Poder-se-ia dizer que deste modo o ser humano é metaforicamente apartado da realidade das coisas. Alega que o fundo dessa iniciativa teórica é, por suposto, o novo liberalismo do Século XVIII, que utiliza a figura de um indivíduo validador de seus próprios interesses, sentimentos, metas, etc., para introduzi-la no eixo do impulso histórico, subministrando uma teoria filosófica e deixando entrever uma futura metafísica. Da parcialidade da opção a favor da subjetividade, segundo o Autor, o que ficou em pé é só o costume de significar o indivíduo humano como sujeito e, sobre esse nome e em uma espécie de conspiração contra a sociedade, fazer uma apologia dele mesmo e, é nessa capacidade de comportar-se humanamente e de popularizar-se como homem que reside à astúcia do sujeito. As problemáticas paradoxalmente moldadas que fazem oscilar entre o humano e o sujeito quiçá residam no facto de que se não há concretado a causa de que fracassa a semântica do sujeito e ela fracassa, afirma LUHMANN, pela impossibilidade de se admitir outro sujeito ao enfrentar a pluralidade de sujeitos, ou seja, frente ao problema da intersubjetividade. Se sujeito quer dizer a base de si mesmo e com isso a do mundo, então não se pode haver outro sujeito e é precisamente por isso que se fez absolutamente necessária a distinção entre transcendental e empírico. Graças a ela, em sua autorreflexão, qualquer sujeito pode postular os feitos de sua própria consciência como condições transcendentais e, desse modo, saber-se idêntico nesta esfera com a consciência de outros sujeitos. Mas assevera que isso só é possível se se distingue estritamente o transcendente do empírico; e fazer isso implica descartar a possibilidade de atravessar o limite interno de tal distinção, assim como também a de inferir a consciência empírica de outros dos achados transcendentais da autorreflexão. A tese de inferência de um mesmo EGO a outro ALTER EGO não faz mais que duplicar o problema, diz o Autor. A alusão ao facto comum da sociedade não lhe é permitida a uma teoria transcendental, a não ser que esta trabalhasse com uma nova e desvaída versão da antiga analogia *entis*, ou seja, com a tese de que, em sua autorreflexão, a consciência descobre as condições da subjetividade de todos os seres humanos. Mas isso só seria um novo esconderijo para a antiga pergunta acerca da unidade do diverso. Assim, pois, quaisquer análises que se tome o conceito a sério conduz a situação típica de uma *tragic choice*: há que renunciar a sociedade ou ao sujeito, pois, excetuando Deus, todos os outros seres são algo apenas por distinção. LUHMANN, com arranjo à forma, aduz que a unidade do homem é dada só como paradoxo, isto é, como unidade de algo que é uma multiplicidade, como incompatibilidade do diferente e afirma que sem realizar uma distinção não se pode observar. O problema se cifra então em saber de que se distingue o sujeito e, para tanto, se questiona de quem ou de quê o sujeito se distingue e o que é sua própria unidade, dado que esta é definida por uma distinção que pode selecionar-se variadamente. Por fim, aduz o Autor que o ambicioso título de sujeito atribuído ao ser humano quase põe como base de si mesmo e de todas as causas empírica o é concedido como um cheque em branco contra a sociedade. O sujeito é, assim, em estrito e paradoxal sentido, a utopia da sociedade, o lugar que não se encontra em nenhum sítio. Visto assim, não representa prejuízo algum, pois, nem ainda a consequência, por assim dizer não querida, de que a partir do sujeito não pode se construir intersubjetividade alguma, porquanto na sociedade atual o que fica claro no sujeito é a sua incapacidade para se autodescrever como unidade. (Niklas LUHMANN, *Complejidad y Modernidad: de la unidad a la diferencia*, cit., ps. 215-225).

suas estruturas que, embora não atuem com uma força imanente, entram nas experiências de uma diferença e facilitam a informação, sem, contudo, determinar o que sucederá depois, ou seja, tais estruturas são para expulsar os paradoxos e orientar as ações dos sistemas pessoais para o sentido restaurativo.

Os sistemas pessoais em processo de cura, nessa perspectiva, ao selecionarem como referência o sistema restaurativo passam a fazer parte do entorno deste, visto que nenhum ser humano pode ser enquadrado em um sistema de maneira tal que sua reprodução (em qualquer de seus planos sistêmicos: o orgânico ou o psíquico) seja uma operação social consumada pelo mesmo. Com isso não se nega a existência de relações causais entre eles, pois a comunicação restaurativa só ocorre e se reproduz se as consciências envolvidas cooperarem, ou seja, deve haver uma cooperação simultânea entre os sistemas partícipes. Isso porque os sistemas pessoais acoplados ao restaurativo não só são diferentes, mas também são autopoieticos, operativamente fechados, que se pressupõem e se irritam mutuamente, sem, todavia, poderem se determinar uns aos outros¹²⁰.

Nessa acepção, os sistemas pessoais autorreferentes, entendidos no contexto do encontro restaurativo como complexos com perspectivas divergentes, ao aderirem à comunicação restaurativa, possibilitam a constituição do que funciona como unidade do sistema restaurativo e, assim, permite que se investigue a reação desta unidade mutualista-dialogante frente aos sistemas pessoais que a constituem, como, v.g., em que medida ou até que ponto dita unidade permite a individualização de tais complexos. Porém, isso não implica que a constituição da unidade restaurativa requer a negação de uma contradição entre os complexos perspectivamente diferentes, mas apenas uma complementariedade da expectativa de diferentes comportamentos. Isso indica que só se pode falar em comunicação restaurativa quando a mudança do estado do sistema pessoal “A” corresponda à mudança do estado do sistema pessoal “B”, embora ambos complexos tivessem outras possibilidades de determinar o seu estado¹²¹.

Desse modo, para que haja uma relação entre sistemas complexos – social, penal, restaurativo e pessoal – a comunicação restaurativa se coloca como limitação, ou seja, autolimita-se e ao mesmo tempo limita os demais sistemas. Isso porque, na teoria luhmanniana, os sistemas complexos não estão constituídos, segundo a antiga ideia, por elementos e relação entre esses elementos, mas se constituem por relação de relações e

¹²⁰ Cfr. Niklas LUHMANN, *Complejidad y Modernidad: de la unidad a la diferencia*, cit., p. 227.

¹²¹ Cfr. Niklas LUHMANN, *Sociedad y Sistema: la ambición de la teoría*, cit., ps. 100-101.

a efetivação desta técnica relacional é independente das realidades formuladas e, assim, exige seleção por motivo da complexidade de tal maneira que não pode ser a simples soma dos elementos¹²². Dessa forma, o cumprimento da relação segue para a qualificação dos elementos – estruturas, acções, comportamentos, etc. – concernente a um sector de suas possibilidades, ou seja, o sistema restaurativo contém como complexidade um excedente de possibilidades que ele mesmo reduzirá autosseletivamente. Mas esta redução se realiza nos processos de sentido comunicativos e, para tanto, o sistema restaurativo apresenta uma organização básica mutualista, é dizer, uma contribuição de seus elementos estruturais para sistemas pessoais capazes de comunicação. São estes complexos com perspectivas divergentes que estão na constituição dos elementos e nas relações entre elementos do sistema restaurativo, e, por tal razão, não podem conceber-se como mera combinação de tais elementos, pois não formam parte do sistema, mas do seu entorno e, em assim sendo, a relação entre eles se dá pela interpenetração¹²³.

Isso é assim, pois, no nível dos elementos sistémicos, a autorreferência significa que os sistemas pessoais acoplados ao restaurativo se interrelacionam mediante reflexão sobre si mesmos, possibilitando, dessa forma, os processos de sentido, mas desde que exista uma semelhança suficiente entre eles, uma vez que não se pode constituir a unidade restaurativa, *v.g.*, entre operações mecanicistas e consciente. A reprodução autopoietica do sistema restaurativo depende, nessa perspectiva, da suficiente homogeneidade das operações sistémicas e isso implica que os conflitos interpessoais podem ser resumidos e observados por outros pontos de vista, mas na acção de um sistema pessoal não se poderá observar a constituição autorreferencial do sistema restaurativo se não se reportar à tipologia enunciada pela estrutura do sentido curativo no processo de sentido que se emoldura pela dita homogeneidade¹²⁴, pois a acção só terá sentido se for tematizada na perspectiva do sistema restaurativo.

¹²² LUHMANN não pensa os elementos como parte do todo que é o sistema e propõe o esquema elemento/relação. Nessa perspectiva, os elementos de um sistema são as unidades não mais redutíveis chamadas “sentido”. Mas não são elementos no sentido ontológico e sim no sentido relacional, *i.e.*, no sentido funcional. Um elemento, *v.g.*, uma acção, só é elemento enquanto função para algo, pois não tem existência ontológica independente das relações que estabelece na sociedade, ou seja, só existem no sistema enquanto relação. (Cfr. Niklas LUHMANN, *Sistemas Sociales*, cit., p. 45).

¹²³ Cfr. Niklas LUHMANN, *Sociedad y Sistema: la ambición de la teoría*, cit., ps. 102-103.

¹²⁴ *Ibidem*, ps. 104-105.

Mas isso só é possível se o ser humano for capaz de uma observação de segunda ordem¹²⁵, pois, só assim pode ser considerado um sistema pessoal autorreferente. Isso porque a vida em si do indivíduo não tem acesso direto ao sistema psíquico e, portanto, alguma irritação externa deve atrair a sua atenção para provocar operações em outro nível de formação de sistema na consciência do sistema psíquico¹²⁶. Ocorre que essa irritação externa capaz de levar o indivíduo a aderir ou não a uma comunicação restaurativa não advém de uma coerção, como acontece na justiça penal. Por isso, deve-se investigar que irritação é esta capaz de motivar uma pessoa a participar de um processo de sentido restaurativo de forma voluntária para dialogar sobre um episódio criminal que deseja esquecer.

Vejamos, diferentemente do que ocorre em uma audiência criminal coercitiva, autoritária e adversarial, onde se busca a verdade – que não necessariamente corresponda a verdade real vivida pelas partes – através das provas admitidas no processo para se poder imputar a culpa ao agente, bem como se busca a proporcionalidade na aplicação da pena como forma de limitar a reação ao crime à luz de uma ponderação de desvalores, num processo curativo, essas questões inerentes ao julgamento penal não vinculam o sistema restaurativo, porque nele não há uma comprovação da culpa em julgamento nem há uma intervenção de um juiz na definição da sanção¹²⁷. Isso porque o crime depois de passar pelo crivo da justiça penal e entrar no sistema restaurativo passa, a partir de então, a ser tratado segundo as regras de sentido deste. Se numa audiência criminal se busca punir o agente, imputando-lhe uma culpa criminal, num encontro restaurativo o que se pretende é a cura da culpa moral, não ventilada num processo penal. A culpa criminal é um juízo de censura aplicada a

¹²⁵ Na perspectiva luhmanniana, o indivíduo só pode construir uma identidade própria recorrendo continuamente a seu próprio passado, é dizer, distinguindo entre autorreferência e heterorreferência, pois não somos já o que fomos e nunca mais seremos o que agora somos. Mas essa operação só é possível se o indivíduo for capaz de observar seu próprio observar, ou seja, ela é possibilitada por uma observação de segunda ordem e esta observação deve ser alcançada pelo próprio indivíduo ou com ajuda de terceiros. Isso porque a unidade da distinção entre autorreferência e heterorreferência se encontra justamente na especificidade das condições de possibilidade de uma observação de segunda ordem. Entretanto, se o indivíduo é marginalizado pela técnica, como ocorre no sistema penal, o distancia da possibilidade de observar suas próprias observações, pois neste sistema ele só se indica a si mesmo com o nome, o corpo e a posição social. Por isso nos parece fundamental para compreensão do que se busca com a proposta restaurativa substituir o conceito de sujeito atribuído ao indivíduo pelo conceito luhmanniano de sistema pessoal autorreferente. (Cfr. Niklas LUHMANN, *Complejidad y Modernidad: de la unidad a la diferencia*, cit., p. 133, p. 137 e p. 141).

¹²⁶ Cfr. Niklas LUHMANN, *Sociedad y Sistema: la ambición de la teoría*, cit., ps. 104-105.

¹²⁷ Cláudia Cruz SANTOS, *A Justiça Restaurativa: Um modelo de reação ao crime diferente da Justiça Penal: Porquê, para quê e como?*, cit., p. 10.

sujeitos detentores de direitos por um tribunal¹²⁸. Mas a culpa moral decorrente do crime caracteriza-se por uma autocensura que permanece, coisifica-se, torna-se intersubjetiva, compartilhada pelos seres humanos em conflitos¹²⁹ e, assim, forma-se um sistema interacional entre eles.

Essa culpa moral, segundo se julga, é a irritação externa que funciona como mola propulsora que impulsiona os sistemas pessoais a aderirem a um processo de sentido curativo que desemboca no encontro restaurativo. Isso porque, diversamente da aferição, numa dimensão pública, de uma culpa criminal, que relativiza as pessoas e delas se afasta por focar nos sujeitos, a culpa moral é restrita e compartilhada apenas pelos seres humanos em conflitos e a imputação daquela por um terceiro pode até amenizar, mas não sara esta, pois instrumentaliza a vítima e prescinde do reconhecimento da

¹²⁸ José de FARIA COSTA aponta o princípio da culpa como um dos princípios que mais dificuldades traz à aplicação de medidas de diversão e mediação ao crime, vez que, consagrado o princípio de *nulla poena sine culpa* a cominação de qualquer reacção criminal tem que ter na sua base um juízo de censura ao agente expressado por um tribunal, ou seja, não há pena sem culpa, mas também não há como conceber uma pena *sine iudicio*. Assim, a consagração do princípio da culpa é conatural à aceitação de que as reacções penais, em honra do princípio da garantia dos cidadãos, só podem ser aplicadas por tribunais. Se há culpa é garantia, pois ninguém pode ser punido se não tiver agido com culpa, é também, segundo o Autor, limite ou obstáculo à aplicação de medidas que não passam por aquele juízo de censurabilidade, embora assevere que aquele juízo anda ligado na sua génese a uma noção que é, de igual modo, refractária a um ideário de reacção informal ou divertido. (“Diversão (Desjudicialização) e Mediação: *Que Rumos?*”, *Separata do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1983, ps. 36-37*).

¹²⁹ REYES MATE ensina que a culpa pode ser perquirida em sua dimensão subjetiva, objetiva e intersubjetiva, e é essa última dimensão que nos interessa. Em seus dizeres: “*La culpa es, en primer lugar, algo subjetivo, asunto de la propia conciencia. Llegar a sentirse culpable es la necesaria culminación de la culpa; es el final de un proceso siempre difícil que necesita su tiempo y disponer de circunstancias favorables. Pero es también algo objetivo (...). Es una marca en el sujeto moral que la conciencia podrá. Hay que decir, en tercer lugar, que la culpa es intersubjetiva. Si el delito se las tiene que ver con la ley, la culpa se ventila entre la víctima y el verdugo, entre el autor del daño y el dañado. Y esa relación le resulta fatal al verdugo porque si quiso imponerse a la víctima, acaba ésta convirtiéndose en su destino. Hegel lo ve bien en "El espíritu del cristianismo y su destino" Dice ahí que "el criminal pensaba habérselas con una vida ajena, pero la que destruyó fue la propia, pues la diferencia no se diferencia de la vida, ya que la vida descansa en la divinidad unida a sí" (Hegel, 1978, 322), es decir, la vida nos vive y un atentado a la vida afecta a la víctima pero también al que atenta contra ella. Esa vida es divina, esto es, un valor supremo que nos anima de ahí que quien atente contra otro, atenta contra la vida y, por tanto, contra uno mismo. Y más adelante: "en el momento en que el criminal siente la destrucción de su propia vida (al sufrir el castigo) o se reconoce como destruido (en la mala conciencia), comienza el efecto de su destino, y este sentimiento de la vida destruida tiene que transformarse en un anhelo por lo perdido. Lo que se siente como carencia (la vida destruida del otro), se reconoce como una parte de sí mismo, como aquello que debiera haber estado en él y no está. Este hueco no es un no-ser, sino la vida reconocida y sentida como lo que no está" (Hegel, 1978, 323). Al cometer un crimen y privar al otro de su vida se produce un cambio imprevisto en el autor del crimen. Más allá de la razón por la que quisiera matar (robo o política) descubre que lo hecho le afecta y le altera en lo más íntimo: en su modo de vivir. Al quitar una vida se ha quitado la vida y la vida que le queda siente la pérdida del otro como una carencia propia, por eso anhela esa vida perdida. La desea. Desea que estuviera ahí y que ojalá aquello no hubiera ocurrido”. (Manuel-Reyes Mate Rupérez, “Sobre la reconciliación o de la memoria al perdón”, *Loc., cit., ps. 3, 4*).*

culpa pelo agente do crime¹³⁰. Não há remédio jurídico para a culpa moral. Só se cura esta através da humanidade compartilhada. Daí decorre a importância do sistema restaurativo, pois, desjudiciarizado, dispõem de estruturas que dão abrigo aos anseios restaurativos dos seres humanos em processo de cura. De modo que não haveria a menor possibilidade de reunir de forma voluntária duas ou mais pessoas para um encontro restaurativo se elas não estivessem interligadas por alguma força diversa da coerção que as atrai para o enfrentamento de um passado que desejam esquecer. Essa força atrativa, segundo se crê, advém da coesão da culpa moral que se materializa e forma o nexos que liga o ofensor ao ofendido e vice-versa. Salvo raríssimas exceções de psicopatia congênita, moralmente ambos sentem culpa. O ofensor por ter praticado a conduta. A vítima, por vários factores, tais como: pela negação do facto; por acreditar não ter agido com diligência; por se penalizar por estar na “hora errada” no “lugar errado”; por pensar que de alguma forma motivou o delito, ou até mesmo por atribuir a Deus o castigo por tal infortúnio.

Considerando, assim, que o pressuposto da culpa moral forma um sistema comum, interacional entre dois ou mais seres humanos em conflito, e que estes devem atuar de forma autónoma e despojados do título de sujeito, buscando a cura imersos em uma humanidade compartilhada e, ainda, que eles estão inseridos num contexto de complexidade sistémica e de relacionamentos interdependentes, julga-se que só através do processo de sentido do sistema restaurativo o resultado curativo almejado venha a se concretizar, pois tal sentido expressa uma experiência restaurativa direta e, através de suas estruturas, permite que as partes discutam directamente sobre a comunicação posta. Não obstante o sentido curativo não ter materialidade, a sua tradução imaginária reporta a experiência de pacificação posterior. E isso implica a disponibilização estatal de estruturas cognitivas que venha a reduzir a dupla contingência dos intervenientes.

¹³⁰ Nas palavras de Cláudia SANTOS: "Em certo sentido, julga-se que esse reconhecimento individual da culpa – que, parecendo não ser essencial sob o ponto de vista da prevenção geral positiva, jogará papel porventura mais relevante ao nível da prevenção especial de socialização – é pouco facilitado pela estrutura e pelo modo da resposta estadual e punitiva ao crime: enquanto arguido em um processo penal que, consabidamente, pode culminar com uma condenação muito grave e, por isso, muito receada pelo próprio, não será compreensível que o agente possa olhar para si próprio como o David que combate o Goliás. Aquele surge como o tempo em que lhe cumpre que se defenda, alijando a responsabilidade, e não como o tempo para o arrependimento, cuja sinceridade em princípio só terá a ganhar com a liberdade plena da reflexão. Ainda que assim não seja sempre, julga-se que é assim em muitos casos: a estrutura adversarial do processo penal será, com frequência, mais um obstáculo ao reconhecimento individual da culpa do que um elemento facilitador desse reconhecimento. Na perspectiva de alguns cultores da justiça restaurativa, esta não deixa de ser uma fragilidade importante da justiça penal: um modo de responder ao crime que atribui tão grande relevância à questão da culpa parece fomentar, paradoxalmente, o recurso pelo arguido a estratégias de negação dessa culpa". (*A Justiça Restaurativa: Um modelo de reacção ao crime diferente da Justiça Penal: Porquê, para quê e como?*, cit., p. 426).

Estruturas cognitivas não só ambiental, mas em outros diversos campos de atuação, pois o enfoque restaurativo requer novas abordagens no que refere à compreensão da resposta aos conflitos criminais, como, por exemplo, abordagens pedagógicas, psicossociais, socioeducativas, etc. Abordagens essas que visam auxiliar as partes no processo de restauração e, se for o caso, ajudá-las a alcançarem uma observação de segunda ordem, empoderando-as ao diálogo seguro sobre um evento criminal pretérito gerador de um conflito intersubjetivo que se pretende curar. E o arranjo desse processo deve envolver informações, acções e comportamentos estritamente restaurativos, tais como: a participação esclarecida e voluntária dos envolvidos; participação, se conveniente, da comunidade; a reparação dos danos em sentido amplo; a assunção de responsabilidade, a presença de facilitadores indicados ou não pelas partes, etc.

Por derradeiro, cumpre consignar que esse arranjo do processo restaurativo culmina na operação curativa que, por sua vez, é uma indicação distintiva das demais possibilidades de reacção ao conflito do entorno e, por ser uma indicação distintiva, na perspectiva luhmanniana, ela nada mais é do que uma observação seletiva. Com a realização dessa operação observacional toda comunicação que não tiver um viés curativo deve ser excluída, pois toda indicação pressupõe uma distinção e, portanto, os sistemas pessoais ao indicarem a cura devem excluir necessariamente as outras possibilidades, sob pena de se ter por interrompida tal comunicação. Isso é assim porque o sistema restaurativo para um observador é uma forma que indica a cura e exclui o restante, referindo, dessa maneira, ao modo e maneira de indicar dos sistemas pessoais para participarem de seu âmbito comunicacional. Daí decorre a necessidade de profissionais qualificados que auxiliem as partes, se preciso for, rumo a uma observação de segunda ordem para que elas possam alcançar, com objetividade, sinceridade e responsabilidade, a essência idealizada pela proposta restaurativa.

Considerações finais

Como vimos, a teoria luhmanniana, por se projetar para os limites do sentido¹³¹, parece servir de justificativa filosófica para a proposta restaurativa, visto que esta não

¹³¹ Nesse linha, Jesús Ignacio MARTINEZ GARCIA, aduz que a teoria luhmanniana se projeta para os limites do sentido, nos desafiando a pensar de outro modo, nos convidando a remover as estruturas mentais profundamente arraigadas, visto que ela se afasta de uma aplicação mecânica e se modifica em consonância com o que explora. Por se mover não na linearidade, mas na circularidade, nela não há princípios pré-estabelecidos e, quiçá por isso, ela se torna assunto difícil para penalistas que sempre aplicam normas gerais a fatos concretos, acostumados a hierarquias normativas, a parte geral e especial, a esquemas piramidais e a conceitos. As teorias que buscam as semelhanças, como é o caso das teorias do

tem um elemento ontológico para lhe dar sustentação e, ademais, não pode ser compreendida como uma mera execução de um plano pré-concebido, porquanto em cada projeção da justiça restaurativa tem algo emergente. E essa capacidade de se modificar em consonância com o que explora dá a ela um importante e decisivo papel na redução da complexidade do sistema penal operando na dimensão (inter) pessoal do crime, pois, atuando na periferia deste, tem a possibilidade de operar tal dimensão despregada dos princípios normativos que engessam a resposta punitiva. Desjudicializada, portanto, possui estruturas para atender os anseios de restabelecimento dos seres humanos em conflito e oferecer um humanizado espaço dialógico onde se pretende curar a culpa moral não ventilada no processo penal.

Fundamentada em tal teoria, a justiça restaurativa apresenta uma orientação restaurativa para o sistema geral da sociedade através da especificação de sua função de *manter a expectativa da transcendência da razão sobre os afetos afligidos em situações de conflitos interpessoais oriundos de crime* que permite uma compreensão coletiva do que se pretende e, para as partes em conflito, apresenta a sua prestação curativa que decorre do oferecimento de um *voluntário encontro restaurativo*. Oferece, assim, uma outra forma de resolução de conflitos diversa da penal e, através do diálogo orientado pelo sentido restaurativo e do reconhecimento dos intervenientes como sistemas pessoais autorreferentes, oportuniza às partes a concretização de uma justiça subjetiva que, entendida como *fórmula de contingência*, atenda a seus íntimos interesses, ou seja, apresenta-se como um sistema que propõe soluções fluídas, mas que ao mesmo tempo respeita a autonomia dos sistemas pessoais¹³².

Isso porque, como observam Leoberto BRANCHER e Ana Paula PEREIRA FLORES, enquanto o processo judicial é linear e dialético, o paradigma restaurativo dialoga com

crime, das penas, etc., nos faz proceder mimeticamente, mas a teoria luhmanniana, por buscar a diferença, nos faz proceder sistematicamente, não podendo ser compreendida como uma aburrida execução de um plano pré-concebido, porquanto em cada projeção da teoria tem algo emergente (In escrito introdutório ao *El Derecho de la Sociedad* de Niklas Luhmann, *cit.*, p. 16).

¹³² Interessante notar a importância de se reconhecer a autonomia dos seres humanos na resolução de conflitos, objetivando a construção da paz. Essa relevância pode ser percebida no preâmbulo da constituição da UNESCO que prescreve que: *“uma vez que as guerras se iniciam nas mentes dos homens e é nas mentes dos homens que devem ser construídas as defesas da paz”* (Cfr. *Constituição da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura*. Acedido em 02 março de 2018, Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001472/147273por.pdf>.) Mas tal objetivo, pelo que nos parece, só se pode alcançar se se buscar a paz em uma mente livre de um sistema pessoal autorreferente e através de um sistema social capaz de se modificar em consonância com o que explora e não na mente de uma pessoa involucrada pelo título de sujeito de direitos que venha a ser relativizada por um sistema mecanicista, e isso, segundo se julga, reforça a ideia de que a teoria luhmanniana é uma fonte que sempre se deve perquirir para compreender a pretensão do pensamento restaurativo, pois este reconhece a pessoa como ser dotado de autonomia e erige esta autonomia na gestão do conflito interpessoal.

a complexidade, propondo abordagens e soluções holísticas¹³³ e, para atingir seus máximos feitos, ainda que intencionalmente direcionada à resolução de conflitos que aportam no âmbito judicial, sua aplicação precisa superar a lógica que rege as estruturas e os modelos de gestão organizacionais, tendentes à fragmentação e à compartimentação de competências – que enfrentam no âmbito jurídico um dos exemplos mais significativos. Portanto, mais do que objetivar alternativas de solução autocompositivas, a Justiça Restaurativa tende à resolução do conflito ou situação problema subjacente, numa visão sistêmica – o que significa atuar em rede, promover transformações nos ambientes institucionais e comunitários e, sempre que possível, evitar a judicialização ou restituir a capacidade de solução de conflitos aos próprios atores, em seus contextos de origem¹³⁴.

Essas soluções holísticas pretendidas pelo sistema restaurativo priorizam o entendimento integral dos fenômenos criminais em oposição aos procedimentos analíticos do sistema penal em que seus componentes são tomados isoladamente, ou seja, não busca a semelhança por trás do acontecer, antes considera o que é aparentemente contraditório, mas que, apesar de tudo, faz sentido. Assim, assentada na teoria luhmanniana – visto que esta não determina as características essenciais que se encontram sem exceção em todos os sistemas, pois a totalização ou a absolutização de um ou de alguns elementos não permite a observação das diferenças, mas, ao invés, a formula na linguagem de problemas e soluções dos mesmos –, é possível à justiça restaurativa o controle do resultado das generalizações atribuídas ao conflito sem considerar os conceitos do nível de análise mais geral empregados como conceitos tipológicos de caracterização e sim como conceitos de problematização das comunicações oriundas dos conflitos interpessoais do entorno criminal e, com isso, em

¹³³ O próprio LUHMANN reconhece que a orientação pela função conserva o caráter holístico de antigas teorias de sistemas e o combina com a capacidade de uma alta especificação do problema. (Cfr. Niklas LUHMANN, *Sociedad y Sistema: la ambición de la teoría*, cit., p. 132).

¹³⁴ Leoberto BRANCHER/Ana Paula PEREIRA FLORES, *Por uma Justiça para o Século 21*, Justiça Restaurativa: horizontes a partir da resolução CNJ 225, ps. 98-99. Acesso 02 março 2017, Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/08/4d6370b2cd6b7ee42814ec39946f9b67.pdf>>. Segundo os referidos Autores, a resolução judicial de conflitos apresenta algumas características que têm desafiado a busca de superação, pois reforça o tensionamento e o distanciamento entre as partes, em razão de sua dinâmica adversarial; sujeita-se a mecanismos de controle formal que a tornam mais demorada; e torna-se significativamente onerosa, por ser tecnicamente refinada. Resulta daí que uma determinada situação de conflito pode (e costuma) manifestar-se em juízo, por meio de inúmeros processos judiciais, mobilizando diferentes áreas de jurisdição, sendo que a composição judicial isolada de cada um desses processos comumente apresenta-se limitada à composição da lide jurídica, sem superação da lide sociológica. A despeito disso, avoluma-se o direcionamento à esfera judicial de conflitos de menor relevância jurídica, cujo conteúdo relacional – afetivo preponderante – indica que poderiam ser mais bem solucionados extrajudicialmente.

um desenvolvimento dirigido, descrever as formas que canalizam tais informações como irritações e como problemas sobre os quais o sistema prevê soluções sistêmicas adequadas.

Tais soluções, no nosso sentir, mostram-se eficientes e adequadas para reduzir a complexidade do sistema penal em três frentes, pois estas também gravitam em torno da dimensão (inter)pessoal do crime. Primeiro, no que tange à pequena criminalidade e aos delitos onde há a sentimentalização entre ofensor e ofendido, visto que não raras vezes a própria vítima não deseja a resposta dada pelo processo penal e que a reparação seja mais útil do que a punição para a prevenção geral do crime. Excepcionalmente, nestes casos, o sistema restaurativo pode operar de forma alternativa ao sistema penal, tornando este mais subsidiário, desde que a restauração da vítima e sincera assunção de responsabilidade do ato praticado pelo agente demonstram suficientes como resposta à transgressão. Segundo, considerando que a pena em certo sentido é uma desresponsabilização do próprio agente que não precisa fazer esforço algum para a reparação e que a reintegração social bem sucedida minimiza a reincidência, no contributo que pode dar ao alcance da finalidade da pena de reintegrá-lo à sociedade (Artigo 40, n.º 1, do CP), pois dispõem de métodos dialógicos humanizados que buscam ajudar o agente a perceber a gravidade social de sua conduta, assumir a responsabilidade pessoal do ato praticado e compreender a necessidade da pena, internalizando-a como benéfica a sua ressocialização. Por último, a prestação mais inequívoca da justiça restaurativa, refere à restauração em sentido amplo da vítima concreta do delito, que, inobstante o processo penal se pretenda democrático e timidamente venha considerando o interesse desta para alguns casos específicos (v.g., art.º 113º n.º 5 do CP; art.º 50º CPP; art.º 281º n.º 7, do CPP), por ter fundamento de proteção de bens numa dimensão pública, fica aquém de proporcionar tal restauração, pois esta por vezes decorre do interesse pessoal da vítima que transcende a mera punição do agente, restituição da coisa ou reparação material do dano.

São, portanto, as necessidades (inter)pessoais decorrentes de um episódio criminoso não satisfeitas pelo sistema penal que reclamam um novo sentido de reacção ao crime e, tal lacuna, o sistema restaurativo visa colmatar, abarcando essa complexidade e a organizando internamente por meio de suas estruturas, criando um mundo próprio feito de circuitos ativos que buscam restaurar a humanidade quebrada pelo delito. Diante disso, a sociedade contemporânea parece reclamar a coexistência de dois sistemas de enfrentamento à criminalidade. O penal, fundado na legalidade estrita,

que visa tutelar os bens jurídicos numa dimensão pública, mas que possui um processo pouco adequado para a resolução do conflito interpessoal que subjaz ao crime, e o sistema restaurativo que, pautado no princípio da dignidade da pessoa humana, visa, nas palavras de Cláudia SANTOS: *“dar uma resposta ao crime diversa da fornecida pelo sistema penal, alicerçada na recusa do autoritarismo e da coerção e na promoção de soluções mais humanistas que garantam a reparação do mal sofrido pela vítima, a reintegração comunitária do agente através de uma sua participação responsabilizante no processo de busca de solução e o envolvimento da comunidade na diluição do conflito*¹³⁵”.

¹³⁵ A Justiça Restaurativa: Um modelo de reacção ao crime diferente da Justiça Penal: Porquê, para quê e como?, cit., p. 27.

Bibliografia

ANTUNES, José Engrácia, *In prefácio: O Direito como Sistema Autopoiético de Gunther Teubner*. Ed. Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1989.

ANTUNES, Maria João, *Direito Processual Penal*, Coimbra: Edições Almedina, 2017.

BRANCHER, Leoberto/PEREIRA FLORES, Ana Paula, *Por uma Justiça para o Século 21, Justiça Restaurativa: horizontes a partir da resolução CNJ 225*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/08/4d6370b2cd6b7ee42814ec39946f9b67.pdf>>.

CARVALHO, Olavo de, *O Jardim das Aflições – De Epicuro à ressurreição de Cesar: ensaio sobre o Materialismo e a Religião Civil*, 3ª ed., São Paulo: Vide Editorial, 2015.

CASTANHEIRA NEVES, António, *Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua metodologia e Outros*. Coimbra: Coimbra Editora, DIGESTA, vol. II, 2010.

CÍCERO, M. Túlio, *Das Leis*, Tradução de Otávio T. de Britos. São Paulo: Editora Cultrix, 2009.

FARIA COSTA, José de, *Diversão (Desjudiciarização) e Mediação: Que Rumos?'*, *Separata do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1983*.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de/COSTA ANDRADE, Manuel da, *Criminologia, O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena*, Coimbra: ed. Coimbra, 2013.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, *Direito Penal – Parte Geral, Tomo I, Questões Fundamentais; A Doutrina Geral do Crime*, 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

GIL GIL, Alicia, *La influencia de las víctimas en el tratamiento jurídico de la violencia colectiva*, Directoras: Alicia Gil Gil e Elena Maculan, Madrid: Editorial Dykinson, 2017.

HALÉVY-VAN KEYMEULEN, Marc. *Facing the Noetic Revolution*. Acesso em 25 nov 2017. Disponível em www.noetique.eu.

HOBBS, Thomas, *Leviatã*, Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva, ps. 47-52. Acesso em 12 de novembro 2017, Disponível em http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_thomas_hobbes_leviatan.pdf.

HULSMAN, Louk/CELIS, Jacqueline Bernat de, *Penas Perdidas: O Sistema Penal em Questão*, Tradução de Maria Lúcia Karam, 1 ed, Niteroi: Luam Editora, 1993.

HUME, David, *Tratado da Natureza Humana*. Tradução de Débora Danowski. São Paulo: Editora da UNESP, 2009.

LEVINAS, Emmanuel, *Totalidade e Infinito*, tradução José Pinto Ribeiro, Biblioteca de Filosofia Contemporânea, Edições 70, 1988.

LUHMANN, Niklas, *Complejidad y Modernidad de la unidad a la diferencia*. Edición y tradición de Josetxo Berriain y José María García Blanco, Madrid: Editorial Trotta, 1998.

_____, *El Derecho de la Sociedad*, 2. ed. Trad. Javier Torres Nafarrate, Brunhile Erder, Silvia Pappe e Luis Felipe Segura. Ciudad de México: Ed. Herder, Universidad Iberoamericana, 2005.

_____, “*Meaning as Sociology’s Basic Concept*”, trad. Hjalmar Newmark, *Essays on Self-Reference*, Nueva York, Columbia University Press, 1990, pp. 21-79.

_____, *Organización y decision. Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo*, Introducción de Darío Rodríguez Mansilla, Barcelona: Anthropos Editorial, 1ª ed., 1997.

_____, *Sistemas Sociales: lineamientos para una teoría general*. Tradução de Silvia Pappe y Brunhile Erder; coord. por Javier Torres Nafarrate, Rubí (Barcelona): Anthropos; México: Universidad Iberoamericana; Santafé de Bogotá: CEJA, 1998.

_____, *Sociedad y Sistema: la ambición de la teoría*, Traducción de Santiago López Petit y Dorothee Schmitz, Barcelona: Espasa Libros, 8º impresión, 2016.

_____, *Sociología Política*, Traducción de Iván Ortega Rodríguez, Madrid: Editorial Trotta, 2014.

MARQUES, Frederico Moyano, *Temas de Vitimologia: Realidades emergentes na vitimação e respostas sociais*, Coord. Ana Isabel Sani, Coimbra: Edições Almedina, 2011.

MARTINEZ GARCIA, Jesús Ignacio, In escrito introdutório ao *El Derecho de la Sociedad* de Niklas Luhmann. 2. ed. Trad. Javier Torres Nafarrate, Brunhile Erder, Silvia Pappe e Luis Felipe Segura. Ciudad de México: Ed. Herder, Universidad Iberoamericana, 2005.

MORGADO, Miguel, *Autoridade*, Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2010.

MUCCHIELLI, Roger, *Histoire de la Philosophie et des Sciences Humaines*, Bordas – Paris, Tradução de Ana Maria Marques de Almeida, Breviários de Cultura, Vol. III, 1974.

NEWMARK, Hjalmar, “*La posición de los tribunales en el sistema jurídico*”, p. 31. Disponível <https://www.academia.edu/763444/Construccion_de_sentido_y_complejidad_en_la_dimension_social_del_derecho_Los_tribunales_en_la_teor%C3%ADa_de_Niklas_Luhmann>.

PASCAL, Blaise, *Pensamentos*, Fonte Digital www.ngarcia.org, 2002, Acedido em 12 dezembro de 2017. Disponível em <http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/pascal.pdf>.

PENIDO, Egberto de Almeida/MUMME, Monica Maria Ribeiro/ROCHA, Vanessa Aufiero da, *Justiça Restaurativa e sua Humanidade Profunda: diálogos com a resolução 225/2016 do CNJ*. *Justiça Restaurativa: horizontes a partir da resolução CNJ 225*, ps 205-208. Acesso em 22 novembro de 2017. Disponível em <

<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/08/4d6370b2cd6b7ee42814ec39946f9b67.pdf>>.

RAWLS, John, *Uma Teoria da Justiça*, Tradução de Almiro Pissetta e Lenita M. R. Esteves, São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2000.

REYES MATE, Manuel R, “*Sobre la reconciliación o de la memoria al perdón*”, Acedido em 10 de dezembro de 2017, Disponível em: http://www.euskadi.eus/contenidos/nota_prensa/12_ponencias/es_ponencia/adjuntos/Reyes_Mate_es.pdf.

RÍOS MARTÍN, Julián, “*La Justicia restaurativa, las víctimas y la humanización del Derecho penal*”. Disponível em < <https://hayderecho.com/2015/03/30/la-justicia-restaurativa-las-victimas-y-la-humanizacion-del-derecho-penal/>> Acesso 05/12/2017.

RODRIGUEZ M., Dário, In escrito introdutório ao *El Derecho de la Sociedad* de Niklas Luhmann, 2. ed., Trad. Javier Torres Nafarrate, Brunhile Erder, Silvia Pappe e Luis Felipe Segura. Ciudad de. México: Ed. Herder, Universidad Iberoamericana, 2005.

ROUSSEAU, Jean-Jacques, *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. Coleção a Obra Prima de Cada Autor. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Editora Martin Claret. 2012.

_____, *Do Contrato Social*, item II, p. 5 Livro de domínio público, Disponível<http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=2244> Acesso em 22 nov 2017.

SALMASO, Marcelo Nalesso, *Uma mudança de paradigma e o ideal voltado à construção de uma cultura de paz*, Justiça Restaurativa: horizontes a partir da resolução CNJ 225, Acedido em 02 março de 2017, Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/08/4d6370b2cd6b7ee42814ec39946f9b67.pdf>.

SÁNCHEZ, Jesús Maria Silva, “*La expansion del derecho penal: Aspectos de la politica criminal en las sociedades postindustriales*”, Segunda Edición, Revisada y Ampliada. Madrid: Civitas, 2001.

SANTOS, Cláudia Cruz, *A Justiça Restaurativa: Um modelo de reacção ao crime diferente da Justiça Penal: Porquê, para quê e como?* Coimbra: Coimbra Editora, 1.^a Ed., 2014.

_____, *A Mediação penal, a justiça restaurativa e o sistema penal – algumas reflexões suscitadas pelo anteprojecto que introduz a mediação penal “de adultos” em Portugal, in RPCC, Ano 16, n.º 1, Coimbra, 2006.*

_____, *Direito Penal mínimo e processo penal mínimo* (brevíssima reflexão sobre os papéis processuais penais do Estado punitivo, do agente do crime e da sua vítima), Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – ano 15, n.º 179 (Outubro de 2007).

_____, *Um crime, dois conflitos* (e a questão, revisitada, do “Roubo do Conflito” pelo Estado), Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Coimbra Editora – ano 17, n.º 3 (julho-Setembro de 2007).

SANZ DIEZ DE ULZURRUN LLUCH, Marina, *Justicia restaurativa y mediación penal. in “La influencia de las víctimas en el tratamiento jurídico de la violencia colectiva”*, Madrid: Editorial Dykinson, 2017.

SILVA, Germano Marques da, *Direito Processual Penal Português*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 7ª ed., 2015.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto, *Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea: Do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*, Curitiba: Juruá Editora, 2014.

SUBIJANA ZUNZUNEGUI, Ignacio José, *El paradigma de humanidad en la Justicia Restaurativa*, San Sebastián, Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, n.º. 26, 2012.

ZEHR, Howard, *Um novo enfoque sobre o crime e a Justiça*. Justiça Restaurativa. PDF 10 Capítulo. Tradução de Tônia VanAckero. Brasília: Ed. Palas Athena Editora, 2008, pp. 8,9. Disponível em: <<http://www.amb.com.br/jr/docs/pdfestudo.pdf>>.

Legislação

Código de Processo Penal Português.

Código Penal Português.

Constituição da República Portuguesa.