

A colonização da Justiça Restaurativa no Brasil a partir de uma perspectiva sistêmica luhmanniana

The colonization of Restorative Justice in Brazil from a luhmannian systemic perspective

Rubens Lira Barros Pacheco*

Resumo: Nesse artigo investigamos a colonização da Justiça Restaurativa (JR) no Brasil por uma perspectiva sistêmica luhmanniana. A fim de explicar a razão desse fenômeno de apropriação das práticas restaurativas como mera técnica complementar do sistema penal, adotamos o método de pesquisa teórica, a técnica de pesquisa bibliográfica e um marco teórico constituído por obras de Luhmann, luhmannianas e restaurativistas. Duas hipóteses são verificadas: 1) uma interpretação luhmanniana pode fornecer respostas inéditas ao problema; 2) essa colonização resulta da reação do sistema penal ao acréscimo de indiferenciação produzida. Conclui-se que a JR brasileira se aproxima mais de um sistema de interação, periférico e situado no acoplamento estrutural entre sistema jurídico e sistemas psíquicos. Disso decorre que a abertura cognitiva resultante, ao mesmo tempo em que repercute em mais democracia e mais legitimidade, também implica mais complexidade operativa e indiferenciação, sendo justamente esse acréscimo o que paradoxalmente habilita o processo colonizador.

Palavras-chave: Sistema Penal. Sistema do Direito. Teoria Sistêmica. Luhmann.

Abstract: This research investigates the colonization of Restorative Justice (RJ) in Brazil, consistent with the tendency to reduce restorative practices to a mere complementary technique of the penal system. In order to explain the reason for this phenomenon, the theoretical research method, the bibliographical research technique and a theoretical framework consisting of works by Luhmann, Luhmannians and restorationists are applied. From this perspective, two hypotheses arise: 1) a Luhmannian interpretation may highlight unprecedented responses to the problem; 2) colonization results from the reaction of the penal system to the increase in differentiation produced. It is concluded that the Brazilian RJ is closer to an interaction system, peripheral and located in the structural coupling between the legal system and psychic systems. It follows that the resulting cognitive openness, while resulting in more democracy and more legitimacy, also implies more

*Doutorando em Programa de Pós-Graduação em Direito pela Universidade Federal da Bahia, Mestre e Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Sergipe. Servidor do Tribunal de Justiça de Sergipe. E-mail: rubenslbarros@gmail.com.



This content is licensed under a Creative Commons attribution-type BY

operational complexity and lack of differentiation, and it is precisely this increase that paradoxically enables colonization.

Keywords: Penal Sistem. Law Sistem. Systemic Theory. Luhmann.

Recebido em: 17/10/2023. Aceito em: 19/02/2024.

INTRODUÇÃO

A Justiça Restaurativa pode ser definida como um modelo de justiça apto a oferecer respostas não-punitivas aos conflitos tipificados pela norma jurídica como infração penal. Para tanto, se vale de um processo não-adversarial, voluntário, inclusivo e dialógico que põe frente a frente em um ambiente seguro e regido por princípios, valores e diretrizes, os envolvidos em uma situação problemática, para que juntos possam decidir sobre as consequências do conflito.

Em seu menu, a Justiça Restaurativa oferece soluções personalizadas que giram em torno da satisfação das necessidades reais de pessoas reais: seja a restituição à vítima, seja a responsabilização ativa do ofensor, seja a participação e a integração com a comunidade. Paralelamente, rejeita a punição como resposta válida e o cumprimento de funções abstratas tais como o restabelecimento da ordem jurídica e a dissuasão intimidativa.

Nesse sentido, a Justiça Restaurativa se caracteriza pela distinção em face da Justiça Penal, quanto ao tipo de resposta oferecida e quanto ao tipo de técnica por meio da qual se obtém essas respostas. Logo, distingue-se da Justiça Penal especificamente em face da pena e do processo penal.

Nos termos de uma sociologia sistêmica luhmanniana, para quem o conceito de “distinção” é central, a Justiça Restaurativa pode ser compreendida a partir da diferença punição/transformação, ou seja, pode ser observada como o resultado contingente e imprevisível de um processo de diferenciação em face da comunicação punitiva produzida no sistema de Justiça Penal, operada a partir da fronteira entre o sistema de justiça e seu meio ambiente.

Observada a partir da segunda metade dos anos 70, a diferenciação punição/transformação surge em meio às irritações provocadas pela criminologia crítica (Christie, 1977; Hulsman, 1986; Foucault, 1993; Taylor et al, 1980), pela crítica do Direito Penal (Zaffaroni, 1998; Batista, 2007), pelos movimentos sociais por direitos das vítimas, pelos direitos de populações tradicionais indígenas, e pela iniciativa de grupos religiosos (sobretudo cristãos menonitas), que denunciavam a irracionalidade, a violência, a seletividade e a incapacidade de atingimento das funções declaradas da pena. A partir daí, tais irritações passaram a ser traduzidas (selecionadas) pelo sistema jurídico e a gerar diferenciações no âmbito da comunicação intra-sistêmica do Direito e no âmbito das prestações inter-sistêmicas.

A par da possibilidade dessa definição bastante particular de Justiça Restaurativa, a relação entre esta e a teoria luhmanniana ainda é um campo teórico inexplorado. A pesquisa sobre o estado da arte, levada a cabo durante a fase de preparação deste artigo, evidencia a inexistência de teses e dissertações sobre o tema no Brasil.

Somente um trabalho publicado no país faz essa aproximação, mas sem abordar a relação entre Justiça Restaurativa e teoria sistêmica como objeto de estudo¹. Tampouco são encontrados estudos em inglês ou em espanhol sobre a temática (como objeto de estudo principal). Apenas uma pesquisa relevante pôde ser identificada: a dissertação de Odair José Jaeger “Justiça Restaurativa na perspectiva sistêmica de Niklas Luhmann”, defendida no ano de 2018 na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, sob a orientação da professora Doutora Cláudia M. Cruz Santos², a qual serve de base e compõe o referencial teórico do presente artigo.

Tendo-se em mente a dificuldade de se caminhar por um terreno de investigação ainda pouco iluminado e por si só exigente de experiência e dedicação do pesquisador, lançamo-nos mesmo assim ao desafio (objetivo de pesquisa) de investigar o fenômeno da colonização da Justiça Restaurativa no Brasil sob uma perspectiva sistêmica. Mas não qualquer perspectiva sistêmica: a perspectiva luhmanniana de Jaeger (2018), frise-se. Aqui nos deparamos com os limites da própria pesquisa.

De todo modo, indagamos (problema de pesquisa) se algumas respostas ao “que é” e ao “porquê” da colonização da Justiça Restaurativa no Brasil não se encontram justamente em um *unmarked space* só revelável através de uma possível interpretação luhmanniana.

Nesse percurso, procuramos explicar do que se trata a colonização da Justiça Restaurativa no Brasil (quando e como ocorre) com base na literatura restaurativista. Em seguida, nos valem do trabalho pioneiro de Jaeger (2018) a fim de determinar a posição da Justiça Restaurativa no interior das fronteiras da teoria sistêmica. Por fim, na última sessão, tentamos responder à pergunta sobre como se observa a colonização da Justiça Restaurativa no Brasil, dessa vez através das ferramentas encontradas no marco teórico luhmanniano.

As hipóteses centrais desta pesquisa, pendentes de verificação, portanto, são duas: A primeira é a de que a aplicação da teoria sistêmica como método de investigação da Justiça Restaurativa pode trazer à tona respostas ainda não observadas por meio de outros métodos exclusivamente típicos da pesquisa jurídica ou criminológica. A segunda é a de que a colonização da Justiça Restaurativa corresponde a um processo adaptativo inacabado e imprevisível que pode resultar a longo prazo, inclusive, no abortamento das experiências restaurativas judiciais pela complexidade e indiferenciação que a inclusão das práticas restaurativas resulta para o sistema jurídico.

¹ Trata-se do texto de Marcelino Meleu e Lenice Kelner “Justiça Restaurativa: pressuposto para uma política constitucional criminal voltada à efetivação dos direitos humanos”, nas referências. Nesse artigo, a Justiça Restaurativa consiste em objeto de pesquisa e a teoria sistêmica é anunciada como o método de pesquisa aplicado. O trabalho busca saber se a Justiça Restaurativa corresponde a um pressuposto válido para o estabelecimento de uma política constitucional criminal de efetivação dos direitos humanos. Conclui o artigo pela necessidade de revisitação do princípio da solidariedade a partir da implementação da Justiça Restaurativa, tendente a afastar qualquer tipo de exclusão e capaz de gerar no indivíduo, em especial no ofensor, um sentimento de pertencimento (Meleu; Kelner, 2018, p. 156).

² A busca pelos descritores “Justiça Restaurativa” AND “Luhmann” no Catálogo de Teses e Dissertações da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) não encontrou qualquer registro. A busca pelos mesmos descritores no Portal de Periódicos da CAPES encontrou somente 1 registro (Meleu; Kelner, 2018). Em outras plataformas pesquisadas (RT, JStor, Hein on line, etc), nenhum resultado relevante foi encontrado. Na busca da plataforma “Google”, utilizando-se os mesmos descritores traduzidos para o espanhol, nenhum resultado relevante foi encontrado. Na mesma plataforma, a busca pelos descritores em português e em inglês encontraram a dissertação de Jaeger (2018), sem produzir outros resultados relevantes. A pesquisa foi realizada na data de 15/11/2022 pelo autor deste artigo.

Colonização da Justiça Restaurativa no Brasil

A pesquisa concluída recentemente por Vera Regina Andrade junto ao Conselho Nacional de Justiça (Andrade, 2018a) revela a existência de um processo de colonização da Justiça Restaurativa no Brasil, operado na zona de articulação institucional entre as práticas restaurativas e as agências estatais de Justiça Penal. Tal processo tem se manifestado em duas dimensões diferentes: a colonização das práticas restaurativas e a colonização do saber restaurativo.

Na primeira dimensão, o mesmo processo que garante as condições de possibilidade e consolidação das práticas restaurativas também lhes impõe uma espécie de pressão adaptativa-limitadora. Atualmente, as práticas restaurativas têm se desenvolvido em meio a uma relação de paralelismo dependente com a Justiça Penal (de adultos ou juvenil): embora sirva de alternativa ao processo, funciona incrustada no campo já ocupado pela justiça convencional, tanto assim que o *design* dos procedimentos e os resultados oriundos de suas metodologias ficam sujeitos à homologação do Estado-juiz e à produção inevitável de reflexos jurídicos em seu âmbito de atuação.

De acordo com a realidade atual do ordenamento brasileiro, são os institutos da composição civil, da transação penal, da suspensão condicional do processo, regulados pela Lei 9099/95 em seus artigos 74, 76 e 89, respectivamente, e da remissão, no âmbito da justiça juvenil, regulada pelo artigo 126 da Lei 8069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), as pontes mais comuns de ligação entre o procedimento restaurativo e o processo penal.

Acomodadas a esses institutos, as metodologias restaurativas passam a integrar o sistema legal brasileiro e, com isso, gerar efeitos jurídicos. É nesse ambiente de simbiose que se verificam, por exemplo: 1) a formação de título executivo judicial a partir da sentença que homologa o acordo restaurativo; 2) a renúncia ao direito de queixa ou representação da vítima pela aceitação das cláusulas do acordo restaurativo em sede de composição civil; 3) a realização de acordo restaurativo em sede de transação penal e suspensão do processo criminal e 4) a extinção da punibilidade por seu cumprimento integral, dependendo das circunstâncias de cada caso.

O processo de institucionalização da Justiça Restaurativa no Brasil, dado no âmbito da Justiça Penal, se por um lado fixa e assegura seu lugar de atuação no interior do campo da justiça, por outro demarca e limita esse espaço.

Com efeito, tal movimento de institucionalização corresponde ao final do período denominado por Andrade (2018b) de “período de expansão” e ao início da fase de “revisão e maturação” da Justiça Restaurativa no mundo (Andrade, 2018b, p.12). A Resolução 2012 de 2002 do Conselho Econômico e Social da ONU (sobre os princípios básicos para a aplicação de programas de Justiça Restaurativa em matéria criminal), resultado concreto dessa fase de expansão global, parece ter servido de fonte de estímulo para atitudes inovadoras por parte de magistrados, sobretudo, e de outros profissionais da área da justiça criminal.

Ademais, o período coincide internamente com a Reforma do Judiciário implementada pela Emenda Constitucional 45 de 2004 no Brasil, que, segundo Sposato (2018), inserida no contexto da “terceira onda de acesso à justiça”, promoveu mudanças qualitativas, de índole democrática, como por exemplo a criação de mecanismos alternativos de resolução de conflitos (Sposato, 2018, p. 95).

O ano de 2005, em especial, foi marcado pela atuação do Ministério da Justiça junto ao Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), que naquele momento promovia a elaboração de pesquisas acadêmicas sobre o tema da Justiça Restaurativa, a exemplo da conhecida

publicação dos livros-coletânea organizados por Slakmon *et al* (2005 e 2006). Desse mesmo período datam as primeiras publicações (entre os anos de 2004 e 2005) sobre Justiça Restaurativa no país.

A Justiça Restaurativa, ao aportar no Brasil, passa, portanto, a ser hospedada no interior do Judiciário com a criação dos projetos-piloto de Brasília, Porto Alegre e São Caetano (Andrade, 2018a, p. 104,105-115)³. Sobre o tema da institucionalização da Justiça Restaurativa no Brasil e sua relação com a origem do processo de sua própria colonização, esclarece Andrade (2018a):

A Justiça Restaurativa faz sua aparição no Brasil nas primeiras décadas do século 21, e é oficialmente traduzida pelo Poder Judiciário a partir do ano de 2005, dando origem a uma Justiça Restaurativa judicial, cuja trajetória pode ser mapeada em dois tempos contínuos: a) o tempo da autodenominada “implantação”, que tem como marco os três projetos-piloto (São Paulo, Rio Grande do Sul e Distrito Federal) e cobre um período aproximado de cinco anos (2005-2010); e b) o tempo da “institucionalização-expansão” que, tendo como marco a Resolução n. 125/2010, seguida da Resolução n. 225/2016, ambas do Conselho Nacional de Justiça, cobre a segunda década do século 21 (2010-2017), estando no momento em curso (Andrade, 2018a, p. 113).

Dentro dessas balizas teóricas e desses marcos temporais, passa-se a observar uma tendência de sincronização do tempo das práticas restaurativas ao tempo da organização judiciária (o tempo da eficiência, da celeridade, da produção de resultados, das metas) e de enquadramento do modo de ser restaurativo à lógica e à teleologia típicas da Justiça Penal (ao modo de ser especializado, profissionalizado, do processo penal e da punição), em detrimento da tradição teórica restaurativa, de seus princípios e finalidades específicas (reparação dos danos, satisfação das necessidades reais dos envolvidos e transformação do conflito).

A partir desses espaços em que o “novo paradigma” da Justiça Restaurativa busca firmar-se, articulando-se com o velho, centenário e hegemônico sistema de Justiça Penal, surgem discursos e expectativas — mitos (do desafogo da máquina judiciária, da formação instantânea, da impossibilidade de tratamento de casos graves, do objetivo de evitação da criminalidade e da alternatividade) (Andrade, 2018a, p. 146-151) —, que uma vez não realizados, tendem a levar ao menos a dois resultados indesejados (do ponto de vista da estabilização do modelo de Justiça Restaurativa): 1) a subalternização das práticas restaurativas ao modo de ser judiciário-punitivo, ou seja, a sua redução à mera técnica complementar ao processo penal e à pena de privação de liberdade; e 2) em última análise, a um discurso que questiona a própria justificação da existência dos programas restaurativos no país.

Em outra dimensão, a da colonização do saber, nota-se a ausência da América Latina nas narrativas sobre as origens e conceitos da Justiça Restaurativa. A ausência de referências ideológicas locais na fundamentação do pensamento restaurativista brasileiro, por um lado, esconde a existência de práticas nativas consensuais não-punitivas que poderiam amadurecer sob a forma de práticas restaurativas contemporâneas; por outro, dá a impressão de um certo determinismo exclusivista quanto a uma suposta invenção da Justiça Restaurativa no norte global – como nova

³ Importa destacar que no final dos anos 90 observou-se uma experiência não-judiciária reconhecida por Scuro (2008) como de índole restaurativa, no âmbito escolar. De acordo com o autor, o “Projeto Jundiaí” foi resultado de um procedimento de meta-análise levado a cabo em diversos países com o fim de estudar tipos de intervenção mais adequados à prevenção de desordem, violência e criminalidade nas escolas. Contudo, o projeto iniciou em 1998 e encerrou-se no ano 2000, quando houve a saída do diretor de campo sem que houvesse sua substituição (Scuro Neto, 2008, p. 5-8).

tecnologia de solução de conflitos – inevitavelmente desconhecida no sul e tratada como produto destinado à importação (Andrade, 2018a, p. 78-79).

Observa-se, nessa mesma linha, um risco na formação de um *corpus* teórico restaurativo brasileiro constituído preponderantemente por obras anglo-saxônicas-europeias, acompanhadas por leituras pouco reflexivas sobre a capacidade de compatibilização desse ideário estrangeiro (produzido em condições e orientado para contextos bastante diversos) com a realidade local.

A par da importância e da constante presença das referências nacionais⁴ nas experiências restaurativas desenvolvidas no território brasileiro, efetivamente o “rosto teórico-prático” da Justiça Restaurativa nacional — refletido em seu marco teórico dominante — tem sido aquele desenhado ao longo dos últimos 18 anos pela tríade estadunidense Zehr/Pranis/Rosemberg (Andrade, 2018a, p. 116).

Com efeito, o foco dos programas restaurativos brasileiros “tem recaído sobre a empiria e a prática, em detrimento da teoria; ou seja, no fazer, implantar, aplicar, irradiar, formar, multiplicar, mais do que no conceituar ou no elaborar”. De acordo com Andrade (2018a, p. 117) “basta citar nomes consagrados para que os códigos de comunicação em JR se estabeleçam automaticamente, podendo-se a rigor referir um déficit de aprofundamento teórico”.

Em paralelo a esse diagnóstico, observa-se uma certa tendência do campo acadêmico de se limitar à verificação da aplicabilidade das práticas restaurativas a determinados tipos de crimes, por meio do cotejamento abstrato entre características da Justiça Penal e os fundamentos, valores e princípios da Justiça Restaurativa⁵. Ainda que dotado de grande importância, esse tipo de metodologia de pesquisa costuma tomar os fundamentos teóricos da Justiça Restaurativa apenas como pressupostos, como objetos dados, sem desdobrá-los, sem controvertê-los, e nesse ponto deixam de contribuir com o seu desenvolvimento.

Ante o quadro apontado acima, uma abordagem luhmanniana sobre a Justiça Restaurativa no Brasil aparece como uma plausível e conveniente via de escape.

A Justiça Restaurativa na perspectiva luhmanniana

Em uma primeira aproximação, pode-se afirmar, de acordo com a classificação de Sell e Martins (2017), que a teoria de Luhmann se trata de uma teoria sociológica que diz respeito, em sentido amplo, a processos e estruturas sociais, mas especialmente a uma teoria vocacionada à descrição da sociedade moderna. Teoria da sociedade - *Gesellschaftstheorie* – mais que teoria do social (Sell; Martins, 2017, p. 15), a teoria sistêmica luhmanniana pode ser definida como um conjunto de pressupostos gerais sobre a vida social e sobre a sociedade, desenvolvida a partir de um marco contemporâneo, posterior à Segunda Guerra Mundial e, portanto, projetada para além do paradigma clássico da Sociologia (Marx, Durkheim, Simmel, Weber).

A partir de uma plataforma metodológica macrosocial, pressupõe a emergência do sistema social como uma realidade de gênero próprio, constituída de propriedades distintas de suas partes, e cuja lógica estrutural explica a ocorrência de efeitos que, a despeito da vontade e consciência dos indivíduos, o nível macro exerce sobre si mesmo (Sell; Martins, 2017, p. 25).

⁴ Entre eles, destacam-se Leoberto Brancher, Ana Paula Flores, Daniel Achutti e Raffaella Pallamolla (Rio Grande do Sul), Egberto Penido, Marcelo Salmaso, Monica Mumme e Juliana Benedetti (São Paulo), André Gomma de Azevedo (Distrito Federal), Juan Carlos Vezzulla (Florianópolis), Marcelo Pellizzolli e Fernanda Rosenblatt (Recife), Daniela Costa e Karyna Sposato (Sergipe), Selma Santana (Bahia), entre outros.

⁵ No mesmo sentido, a crítica de Benedetti (2005, p. 209).

Sobre seu autor, o alemão Niklas Luhmann, após graduar-se em Direito pela Universidade de Friburgo (Alemanha), no final dos anos 40, e depois de atuar como advogado por uma década, migra para os Estados Unidos nos anos 60 onde vai estudar Sociologia em Harvard. Influenciado pelo pensamento de Talcott Parsons, Luhmann desenvolve uma “super teoria”, de pretensão universal, com a qual procura sentar as bases para uma investigação “das diferentes dimensões que compõem a vida social: a economia, a política, a ciência, a moral, a educação, a arte e o amor” (Rodrigues; Costa, 2018, p. 303).

Sem a pretensão de estabelecer uma teoria normativa da sociedade, Luhmann dedica-se à construção de um modelo de descrição social atravessado sobretudo pelos fios condutores da diferença, da complexidade, da contingência, do paradoxo e do risco (Garcia, 2005, p. 18). Com isso, coloca-se na margem oposta às teorias críticas de orientação marxista e neomarxista.

Por outro lado, ao propor um modelo de sociedade diferenciada de seu ambiente, constituída por comunicação (não por indivíduos, pela ação social ou pelos papéis sociais), o autor rompe também com a tradição iluminista antropocêntrica (Rodrigues; Costa, 2018, p. 306) e com a tradição sociológica clássica (Rodriguez, 2005, p. 27).

Para Luhmann, os diversos sistemas sociais, fechados operacionalmente e abertos cognitivamente, se autorreproduzem, se autorreferenciam, e tendem a sua automanutenção (Luhmann, 2006, p. 66), mesmo em detrimento de (mas sempre em referência a) seu entorno. Entre um sistema e seu ambiente há uma gradação de complexidade, havendo sempre mais complexidade no entorno que no interior dos sistemas. Disso decorre que os sistemas sociais são sempre menos complexos que seus entornos (constituídos também por outros sistemas) e isso se dá por efeito de uma função geral desempenhada por eles próprios: a função de redução da complexidade através da seleção (contingente e arriscada) de possibilidades a partir das irritações do entorno e de uma determinada estratégia de seleção (sentido), ou seja de uma estratégia de processamento da complexidade (Rodriguez, 2005, p. 29-31).

Se por um lado os sistemas são autopoieticos, ou seja, fechados operativamente e capazes de produzir seus próprios componentes desde si mesmos, se referem e se adaptam ao ambiente através de acoplamentos estruturais. Sem os acoplamentos com o ambiente seria impossível a manutenção do sistema e é por meio deles que ambos se estimulam mutuamente.

A comunicação, assim, cumpre a tarefa de produzir uma rede dos elementos constituintes dos sistemas, que permite a autorreprodução, a redução da complexidade e o compartilhamento do sentido. Portanto, para integrar-se à comunicação no interior de um dado sistema, os fenômenos do ambiente devem fazer-se ressoar (sintonizar-se, vibrar de acordo com os sentidos eleitos pelo e para o sistema); do contrário serão apenas ruído (não serão tema da comunicação).

Essa mesma comunicação, enquanto operação tipicamente social (que a diferencia do ambiente) se reproduz no interior da sociedade fazendo surgir subsistemas funcionalmente diferenciados, em um processo interno de diferenciação. Com efeito, desde a Modernidade, a diferenciação baseada na estratificação dá lugar paulatinamente a uma forma de diferenciação distinta, lastreada na diferença entre funções. A partir daí, cada sistema (Direito, Religião, Arte, Política, Ciência, etc.) passa a cumprir com exclusividade uma única e específica função social, sem que um sistema possa substituir, sobrepor-se ou assumir uma posição central ou hierárquica em relação aos demais, a ponto de dirigir os caminhos da sociedade ou de ordená-la como um todo (sociedade rizomática, descentralizada, policêntrica).

Se numa sociedade estratificada, típica da Baixa Idade Média, uma família de nobres poderia executar ao mesmo tempo funções políticas, econômicas e religiosas, por outro lado,

numa sociedade funcionalmente diferenciada, só cabe ao Direito, enquanto sistema fechado operacionalmente e autopoietico, comunicar o que está conforme ou não ao Direito, como só cabe à Economia comunicar sobre o capital e a renda, ou à Religião sobre o transcendente e o imanente, e assim por diante.

Cada sistema cumpre sua função por meio de códigos binários específicos com os quais selecionam os modos de sua autorreprodução em contextos de contingência e imprevisibilidade. Para o caso do sistema do Direito, vale o código lícito/ilícito, por exemplo. Para a Ciência, verdadeiro/falso; para a Arte, belo/feio, etc. A determinação do valor de uma determinada comunicação ocorre contingencialmente e limitada pelos critérios estabelecidos em programas (para a Ciência, as teorias; para o Direito, as leis, os precedentes). Há corrupção quando um sistema tenta sobrepor-se a outro, ou quando um sistema utiliza para sua autorreprodução um código próprio de outro sistema (quando o Direito passa a operar com o código lucro/prejuízo, da Economia, por exemplo).

Em particular, por mais simplificado que seja, nos interessa traçar o *design* do sistema jurídico em termos luhmannianos, considerando-o assim um sistema social funcionalmente diferenciado que opera com o código “conforme/ não conforme o direito”.

O sistema do Direito, portanto, caracteriza-se por ser um sistema autopoietico, ou seja, que se autoproduz, que se autorrefere (as decisões jurídicas se referem a outras decisões jurídicas) e que se autodescreve (por meio da doutrina, do discurso jurídico) (Luhmann, 2005, p. 200-203). Ainda que fechado operacionalmente, se abre ao entorno através de acoplamentos estruturais: acopla-se à Política através da Constituição e à Economia por meio do contrato, por exemplo). A forma com que as irritações ambientais ressoam (em uma dinâmica de *input* e *output*) é definida pelo próprio sistema a partir de critérios de seleção estabelecidos em seus programas (normas jurídicas e precedentes).

Ao Direito se atribui com exclusividade a função de generalização simbólica de expectativas sociais normativas (Luhmann, 2005, p. 186, 188). Em especial, a sanção (inclusa a penal) apresenta-se como mecanismo de incremento probabilístico da realização daquelas expectativas⁶. Mecanismos como esse são manejados pelas organizações pertencentes ao sistema jurídico, como os tribunais. A segurança (jurídica) gerada pelo sistema do Direito, comunicada ao ambiente e aproveitada pelos demais sistemas diferenciados, caracteriza a prestação específica do sistema do Direito⁷.

Definidas a função, o código, os programas, a autodescrição e as organizações que caracterizam teoricamente o sistema jurídico em termos luhmannianos, passamos à caracterização e ao posicionamento da Justiça Restaurativa em relação a este sistema.

A Justiça Restaurativa, de acordo com Jaeger (2018) tem estruturas de sentido e processos próprios que a diferencia de seu entorno e que sugerem, simultaneamente, a existência de fronteiras próprias e, portanto, uma natureza de sistema social autônomo.

Ambas dimensões temporais (estrutura e processo) “potencializam as relações de seleção de restauração na sociedade” e garantem a autonomia do sistema (Jaeger, 2018, p. 38-39). A estrutura de sentido restaurativa é arranjada em torno de sua capacidade de generalização simbólica e de um código operativo próprio.

⁶ Segundo Jaeger (2018), a função do subsistema penal (funcionalmente diferenciado) corresponderia à “manutenção das expectativas normativas de uma resposta punitiva ao transgressor” (Jaeger, 2018, p. 44).

⁷ Embora a segurança em sentido amplo (não-jurídica), não seja uma prestação específica oferecida pelo sistema do Direito. A Ciência também produz segurança ao comunicar o que é verdadeiro ou falso, a Religião produz segurança quando comunica sobre os atos ou crenças que levam o fiel à salvação.

Pressupondo-se que o crime é um elemento do entorno, com mais de um sentido selecionável, o que constitui e dá identidade ao sistema restaurativo é o sentido restaurativo derivado do crime. Com efeito, a Justiça Restaurativa opera com o sentido interpessoal do conflito, diferente do sentido público, selecionado pela Justiça Penal. Ao selecionar o sentido interpessoal do crime (Jaeger, 2018, p. 44), a Justiça Restaurativa se diferencia de seu ambiente, particularmente da Justiça Penal.

Para Jaeger (2018), portanto, a Justiça Restaurativa não é apenas um modelo de justiça, ou um paradigma criminológico (menos ainda uma mera técnica ou metodologia de solução de conflitos auxiliar do processo penal), mas todo um subsistema social funcionalmente diferenciado, e essa percepção só fica evidente a partir da teoria luhmanniana dos sistemas:

Só através de uma teoria pós-ontológica, evolutiva e 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, ações, 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 sistemas, parece-nos possível compreender a justiça restaurativa como um subsistema social (Jaeger, 2018, p. 37-38).

No interior do sistema restaurativo, a complexidade gerada pelo sistema penal (Jaeger, 2018, p. 49, 50), é reduzida por meio de um código binário próprio. Jaeger (2018) deduz esse código a partir daquilo que entende por “pretensão restaurativa”, ou seja, a partir da “promoção do encontro restaurativo” “onde seja seguro dialogar sobre um conflito pretérito” (Jaeger, 2018, p. 40). Assim, o código com o qual opera o sistema restaurativo, distinto do código jurídico lícito/ilícito (conforme o direito/não conforme o direito), corresponde a “um voluntário encontro restaurativo ou não” (Jaeger, 2018, p. 41).

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 auto-poiesis 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 sistêmica (Jaeger, 2018, p. 41).

Disto decorre que a Justiça Restaurativa, enquanto subsistema autônomo, elege como seu entorno o sistema penal (bem como os demais sistemas e o ambiente geral), e passa a ser por ele condicionado, irritado e acoplado estruturalmente por meio do crime (Jaeger, 2018, p. 42). Atribui-se ao sistema de Justiça Restaurativa a função “de “manter a expectativa da transcendência da razão sobre os afetos afligidos em situações de conflitos interpessoais oriundos de crime”, “função que só ele e nenhum outro sistema pode desempenhar” (Jaeger, 2018, p. 46). Sua prestação, por sua vez, destinada a beneficiar e a gerar efeitos sobre todos os sistemas sociais, corresponde à “cura interpessoal” (Jaeger, 2018, p. 44-45).

Isso pois, “a cura” supre as carências (os pontos cegos) do sistema penal, que não consegue “restaurar as partes”, ou seja, satisfazer as necessidades interpessoais advindas do conflito

(Jaeger, 2018, p. 51). Essa relação de complementaridade, para Jaeger (2018), longe de sinalizar uma identidade com o sistema punitivo, caracteriza justamente a diferenciação entre os sistemas, e o que denuncia a existência de uma zona de acoplamento entre eles.

A evolução do sistema restaurativo, a propósito, dá-se tanto pela via da autopoiese, na dimensão do seu fechamento operacional, de sua autoprodução e autorreferenciação, quanto pelo acoplamento estrutural com o sistema punitivo, na dimensão de sua abertura cognitiva. A variação do sistema penal que admitiu mecanismos alternativos à pena, possibilitando, assim, “a seleção de um sentido curativo” que “estabilizou-se nas duas formas distintas de sentido (estruturas e processos)” (Jaeger, 2018, p. 53) presume uma dinâmica evolutiva da relação entre o sistema restaurativo e seus próprios elementos constitutivos e entre o sistema restaurativo e o sistema punitivo⁸.

Esboço de uma interpretação luhmanianna sobre a colonização da Justiça Restaurativa

Uma vez adotada a premissa de que a Justiça Restaurativa, conforme pensa Jaeger (2018), seria de fato um sistema social funcionalmente diferenciado, restaria ainda compreender o que seria seu processo de colonização nessa perspectiva.

A partir da interpretação luhmanniana de Marcelo Neves, de acordo com Dutra (2021), poder-se-ia afirmar que a colonização da Justiça Restaurativa diria respeito a um problema de desdiferenciação, típico de países periféricos como o Brasil. Para Neves, na América Latina, ao contrário do que ocorre nos países centrais da Europa e América do Norte, não há diferenciação funcional nítida entre os sistemas, dada a corrupção generalizada entre eles, marca registrada de uma “modernidade negativa” que toma conta da região (Dutra, 2021, p. 20).

De modo semelhante afirmam Chernilo e Mascareno (2005), quando sustentam que na América Latina um sistema tende a imiscuir-se nas funções de outros sistemas, utilizando elementos da complexidade do outro e frustrando a expectativa do sistema afetado de se autoproduzir (Chernilo; Mascareno, 2005, p. 29). Haveria na América Latina, portanto, uma tendência histórica de sobreposição do sistema político (centrado na figura do Estado) sobre os demais sistemas funcionais de maneira que o processo de diferenciação funcional passa a ser observado como um processo concêntrico e desigual.

Inspirando-se nesses dois modelos interpretativos estaríamos, então, autorizados a afirmar que a colonização da Justiça Restaurativa corresponde a uma tendência local (latino-americana) de sobreposição do subsistema penal sobre o sistema restaurativo, que provoca irritações neste último e o induz à utilização do código jurídico lícito/ilícito (ou punição/não punição) para sua autorreprodução, em detrimento de seus próprios elementos constitutivos.

A colonização da Justiça Restaurativa também poderia ser vista como uma reação restauradora do sistema penal contra o excesso de complexidade que a Justiça Restaurativa traz para dentro de si (emoções, sentimentos, responsabilização substancial, possibilidade do perdão, reconhecimento, metodologias com efeitos terapêuticos, problemas comunitários como pauta de discussão, encontros diretos entre indivíduos e seus efeitos colaterais possíveis, revitimização,

⁸ Para Jaeger (2018), a Justiça Restaurativa nasce de dentro (eclode) do sistema penal. É o declínio do paradigma punitivo diante da impossibilidade de realização de suas promessas modernas (dissuasão e ressocialização) que gera a ressonância dentro do sistema social que possibilita a tematização da comunicação restaurativa como forma de reação aos conflitos (Jaeger, 2018, 23-27).

acordos não cumpridos, interferência ou não dos membros da justiça, novos cargos de facilitadores, etc). Esse novo cabedal de seleções sobrecarregaria o sistema penal, geraria instabilidade e provocaria uma reação que tendesse à redução da complexidade.

Combinando-se os dois raciocínios, essa complexidade aumentada produz a indiferenciação do sistema jurídico em relação ao entorno. Quanto mais elementos a Justiça Restaurativa traz para a periferia do sistema penal (enquanto seu entorno interno), menos diferenciado do ambiente se torna, tendendo então a desaparecer.

Observado como um problema de desdiferenciação, a colonização da Justiça Restaurativa remete a um paradoxo. Segundo Jaeger (2018), a Justiça Restaurativa surge como resposta a uma crise de desdiferenciação do próprio sistema penal. Haveria aqui, portanto, um problema de indiferenciação que geraria mais desdiferenciação, o que contradiz a função geral dos sistemas de diminuir a complexidade e de definir seus limites em relação ao ambiente.

Com efeito, Jaeger (2018) afirma que o sistema penal gera complexidades das quais não consegue dar conta: 1) expande a legislação penal, que lhe sobrecarrega e lhe exige respostas do tipo *prima ratio* inclusive para casos envolvendo crimes menos graves; 2) e omite-se em relação à dimensão interpessoal dos conflitos. Logo, quando o sistema penal busca mecanismos alternativos (de diversão), em verdade, sinaliza a existência de nova diferenciação no entorno, e que se impõe; e “se há diferença funcional, deve haver sistema outro que organize a experiência dessa diferença” (Jaeger, 2018, p. 23-24).

Quando o sistema punitivo é construído com elementos de sentido punitivo, a comunicação com esse sentido gera expectativas de respostas punitivas. A presença de elementos não-punitivos dentre os elementos do sistema penal (arquivamento em caso de dispensa de pena, suspensão provisória do processo, princípio da oportunidade, mediação penal, etc.), portanto, indicam na verdade a presença de outro sentido que não o punitivo que de algum modo foi selecionado contra a função típica do sistema.

Logo, a crise do sistema penal é a crise de seus critérios de seleção que levam a indiferenciação do sistema em relação ao entorno (Jaeger, 2018, p. 27-29) e que apontam para a necessidade de um novo sistema social que opere com essa nova comunicação.

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 (Jaeger, 2018, p. 29)

Assumindo-se a premissa da Justiça Restaurativa enquanto subsistema funcionalmente diferenciado, o processo de colonização seria, portanto, espécie de reação adaptativa e paradoxal: por um lado a Justiça Restaurativa surge como solução legitimadora para uma crise de automatenção e da autopoiese do sistema penal. Por outro, significa um movimento estimulado de autofagia da Justiça Restaurativa, que longe de simplesmente acoplar-se ao sistema penal, tende a ser sufocado por este e a pautar suas operações e comunicações com base no código binário jurídico.

Todavia, apesar desses argumentos, há razões para se acreditar que no Brasil (e muito provavelmente também em Portugal), contra a interpretação de Jaeger (2018), a Justiça Restaurativa não constitui um sistema social funcionalmente diferenciado.

Crítica à noção de Justiça Restaurativa enquanto subsistema funcionalmente diferenciado

Sob o enfoque das categorias de interpretação “sentido”, “função”, “código”, “programa”, “autodescrição” e “organização”, elencamos seis razões ou motivos que nos levam a concluir pela invalidade da noção de Justiça Restaurativa enquanto subsistema funcionalmente diferenciado.

Primeiro, porque não há que se falar em um “sentido restaurativo” selecionável e simbolicamente generalizado, que constitua tema de comunicação social. Com efeito, a Justiça Restaurativa é uma ilustre desconhecida dentro e fora das organizações sociais brasileiras: nas faculdades, nos tribunais, nos meios de comunicação de massa e entre a população⁹, os conceitos e temas gerais da Justiça Restaurativa não costumam aparecer na pauta do dia ou fazer parte do vocabulário comum. Em verdade, a Justiça Restaurativa, enquanto política pública, depende profundamente do empuxo normativo gerado pelo Conselho Nacional de Justiça e sobretudo do protagonismo de membros do Judiciário e do Ministério Público para existir de fato.

A literatura restaurativista ainda tem uma produção relativamente pequena (comparada à produção literária sobre temas jurídicos, por exemplo); sequer conta como disciplina na graduação dos cursos de Direito e só passa a integrar o espaço das organizações sociais a partir de 2016, com a Resolução 225/2016 do CNJ (que impõe aos Tribunais de Justiça a obrigação de difundir, expandir e implantar programas de Justiça Restaurativa).

A história do processo de institucionalização da Justiça Restaurativa aponta para a ausência de um sentido restaurativo consistente e generalizado, fruto de uma suposta irritação do ambiente sobre o sistema penal e com potencial comunicativo, tal como existe para os sentidos de direito, de economia, de arte ou de religião. Poder-se-ia até, com mais facilidade, falar-se em sentido “negocial”, mas não restaurativo. A percepção de uma diferenciação no ambiente do tipo restaurativo não nos parece, por si só, suficiente para sustentar a existência de um sistema restaurativo funcionalmente diferenciado.

Mesmo em Portugal, o estudo recente de Oliveira (2020) apresenta um cenário fático pouco oportuno para uma comunicação ou uma seleção de sentido do tipo restaurativo, como pensa Jaeger (2018). Conforme a pesquisa mencionada, a análise detida do processo de institucionalização da Justiça Restaurativa em Portugal, semelhante ao modo como ocorreu no Brasil, demonstra uma relação de “completa dependência e hibridação junto ao campo penal”:

Primeiramente, a partir da análise da Lei n.º 21/2007, evidenciou-se que a mediação foi “enxertada” no processo de investigação tradicional (Leite, 2014: 14) de forma bastante limitada e restritiva (por ser aplicável a um rol restrito de crimes, por se associar aos fins das penas, pela restrição dos seus atores titulares), o que a tornou uma ferramenta de segunda categoria [...], sendo de ínfima expressão no campo em que fora acoplada (Oliveira, 2020, p. 302).

O desconhecimento sobre um suposto “sentido restaurativo” sempre esteve na base das dificuldades para a implantação da Justiça Restaurativa em Portugal. Ali, a tentativa de institucionalização da Justiça Restaurativa foi resultado da imposição *top-down* de um instituto pouco conhecido e pouco ou nada discutido na esfera pública, “que trouxe desconfiança aos

⁹De acordo com Achutti e Rosenblatt (2014), no Brasil pouco se conhece sobre Justiça Restaurativa: “raros são os trabalhos a respeito, e a quantidade de pessoas que efetivamente compreende tal sistema é baixa. De fato, o tema ainda é relativamente pouco debatido no país” (Rosenblatt, 2014, p. 74).

seus operadores, os quais não foram suficientemente sensibilizados sobre os efeitos da prática” (Oliveira, 2020, p. 302).

Além disso, outros fatores contribuíram para uma Justiça Restaurativa “sem expressão” em Portugal: o conservadorismo do meio jurídico; a resistência dos profissionais da área ao compartilhamento de competências; a produção normativa artificial de iniciativa exclusiva de agentes políticos “preocupados com a necessidade de superação das crises da (administração) da justiça”; a presença de valores processuais-penais na normativa sobre mediação (como a celeridade e a economia, presentes na Lei n.º 21/2007); o monopólio do Ministério Público; os poucos tipos penais passíveis de serem mediados; o enxuto prazo para a sua consecução, etc. Todos esses fatores “tornaram pouco viáveis que as práticas [restaurativas] transformassem o sistema punitivista” (Oliveira, 2020, p. 302-303).

Jaeger (2018), por sua vez, não vê problema no funcionamento meramente complementar da Justiça Restaurativa em relação ao sistema penal. Para ele, teoricamente essa relação não afetaria a autonomia do sistema restaurativo. Isso porque, nas suas palavras, “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” (Jaeger, 2018, p. 50). Contra Jaeger (2018), nos parece que sequer há um sistema restaurativo para ser dominado, ao menos nos termos da teoria luhmanniana, o que não implica negar o processo de colonização pelo qual passa.

Em segundo lugar, em decorrência da ausência de um sentido restaurativo selecionável, ou de uma comunicação restaurativa generalizada simbolicamente, é improvável que haja uma função específica e exclusiva a ser desempenhada pela Justiça Restaurativa, correspondente à “manutenção da expectativa da transcendência da razão sobre os afetos afligidos em situações de conflitos interpessoais oriundos de crime” (Jaeger, 2018, p. 44).

Isso se dá por dois motivos principais: 1) Primeiro, porque não há no ambiente uma “expectativa de uma expectativa” restaurativa simbolicamente generalizada que demande estabilização; ou, antes disso, não haveria uma coincidência de expectativas restaurativas compartilhada e simbolicamente generalizada que propiciasse as condições para o surgimento de um sistema restaurativo funcionalmente diferenciado (Simioni, 2006, p. 50). 2) Segundo, porque, ao contrário do que afirma Jaeger (2018, p. 46), uma eventual função de “transcendência da razão sobre os afetos afligidos” não pode ser reivindicada como função exclusiva da Justiça Restaurativa, tampouco uma prestação consistente numa “cura interpessoal”. Ao contrário, ambas podem ser observadas (com mais razão) como função e prestação típicas do sistema social da Religião¹⁰, por exemplo, ou como resultados oferecidos por inúmeras práticas terapêuticas há muito existentes nos campos da psicologia ou da psicanálise.

Logicamente, a afirmação de que a Justiça Restaurativa não possui uma função e uma prestação específicas e exclusivas, em termos luhmannianos (como consequência do fato de não se apresentar como um sistema funcionalmente diferenciado) não invalida o fato de que a Justiça Restaurativa, enquanto modelo de justiça, seja dotada de suas funções próprias e distintas da Justiça Penal. Com efeito, as funções específicas da Justiça Restaurativa (pacificação dos conflitos, a reparação da vítima e a responsabilização ativa do ofensor) (Santos, 2014, p. 172) não se confundem com as funções do Direito Penal e de seus aparelhos penais (as funções declaradas da pena, de prevenção geral e específica e da proteção abstrata de bens jurídicos).

¹⁰ Não é à toa que algumas das primeiras experiências restaurativas na América do Norte surgem da iniciativa cristã menonita (Zehr, 2002).

Além disso, se um sistema só se autoproduz a partir de seus próprios elementos (autopoiese) e só observa no ambiente aquilo que seu código binário lhe permite observar (a exemplo do Direito que só produz e observa direito) (Simioni, 2006, p. 51), não haveria explicação para uma seleção especificamente restaurativa que captasse conflitos, como sói acontecer, previamente e necessariamente tipificados pelo sistema jurídico como crime (*input*), a partir do código jurídico, e que necessariamente devolve ao ambiente *outputs* jurídicos (levando em consideração que os acordos restaurativos são necessariamente traduzidos em composição civil, transação penal, cumprimento da suspensão condicional do processo, atenuante genérica, etc.).

Mesmo os encontros restaurativos desenvolvem-se sempre sob a observância dos direitos processuais-penais dos réus, em limites temporais demarcados pelo sistema punitivo (os encontros devem ocorrer dentro dos prazos estabelecidos em lei, referenciados pelos limites da prescrição ou decadência). Todos esses elementos jurídicos que se entrelaçam ao processo restaurativo no Brasil põem em xeque a existência de um fechamento operacional, e, portanto, da autopoiese e da autonomia de um suposto sistema restaurativo.

Ademais, Jaeger (2018) afirma que a Justiça Restaurativa lida com “seres humanos gerindo a própria existência” (Jaeger, 2018, p. 44), ou seja, com os próprios sistemas psíquicos, “buscando o lado privado de significação do episódio criminal, devolvendo ao ser humano toda a sua complexidade, sem determiná-lo por conceitos [...]” (Jaeger, 2018, p. 52). Para o autor, “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”, e o diálogo, ainda segundo ele, “deve ser livre das limitações sociais para que permita às partes um autoexame de consciência” (Jaeger, 2018, p. 68-69).

Interessa notar, subentendida a essa argumentação, a noção de que o sistema restaurativo deve desconsiderar sua função geral de redução da complexidade para tomar o indivíduo como um todo (independente da seleção de sentido), proporcionando, através de um método que privilegia o holismo nas abordagens e nas soluções, uma comunicação ao nível indivíduo-indivíduo: uma comunicação entre presentes.

Contraditoriamente, a possibilidade dos próprios indivíduos (dos sistemas psíquicos), face-a-face, resolverem seus conflitos (satisfazerem suas expectativas), esvazia a necessidade de um sistema social funcionalmente diferenciado, cuja utilidade e fundamento de existência repousa na possibilidade de comunicação entre ausentes, no compartilhamento de sentidos em face dos obstáculos da dupla contingência¹¹. Deste modo, a afirmação segundo a qual a Justiça Restaurativa deve ser considerada um sistema diferenciado que oferece uma “cura interpessoal” que se dá através de encontros — uma comunicação entre presentes — contradiz a própria noção de sistema social em termos luhmannianos.

Em terceiro lugar, nos parece soar estranho um código restaurativo do tipo “um voluntário encontro restaurativo ou não” (Jaeger, 2018, p. 41). Seria o mesmo que tomar sistemas de interação por códigos binários: nos parece que seria o mesmo que reconhecer as aulas, as audiências e os depósitos bancários como os códigos dos sistemas da Educação, do Direito e da Economia.

¹¹ Vide o que escreve Carneiro (2020) sobre o tema: “Nesse sentido, é importante considerar que a sociedade moderna é um sistema comunicacional mundial responsável pela redução de complexidade do seu meio e que depende do *medium* do sentido para operar em todos os seus níveis de diferenciação. Assim, concordamos com Luhmann (2007, p. 5-21) quando ele diferencia a comunicação da sociedade da operação compreensiva dos indivíduos ou das interações entre sujeitos presentes. A sociedade opera sua comunicação entre ausentes, mediante sistemas autorreferentes que se valem de organizações dotadas da capacidade de decidir conforme a programação dos sistemas” (Carneiro, 2020, p. 55).

Em quarto lugar, se é verdade, de acordo com Simioni (2006, p. 53), que programas são critérios internos de um dado sistema que possibilitam a seleção das informações observáveis no ambiente sob a forma de seu código binário, então é forçoso concluir que tampouco há no Brasil programas restaurativos, a rigor. Isso porque, no país, os conflitos identificados como passíveis de ingressar no “sistema restaurativo”, que dão azo a um encontro voluntário (código binário, segundo Jaeger), são selecionáveis, em última instância, pelo sistema do Direito.

Isso porque, prevê a Resolução 225/2016 do Conselho Nacional de Justiça em seu artigo 7º, que apenas ao juiz cabe o encaminhamento de procedimentos e processos judiciais, de ofício, à Justiça Restaurativa, havendo para o Ministério Público, a Defensoria Pública, as próprias partes, seus advogados e aos Setores Técnicos de Psicologia e Serviço Social apenas o direito de requerimento.

Há aí, em verdade, uma dupla seleção prévia que condiciona a suposta “observação restaurativa”: uma seleção normativa-penal (a Justiça Restaurativa só pode observar como comunicação restaurativa aquilo que antes é tipificado como crime) e uma seleção processual-penal (dentro dos conflitos tipificados, a Justiça Restaurativa só observa aqueles selecionados pelo sistema jurídico como adequados à abordagem restaurativa).

Em quinto lugar, a Justiça Restaurativa não parece constituir um sistema social funcionalmente diferenciado por não apresentar também uma autodescrição madura, consistente, observável sob a forma de uma história restaurativa, de uma teoria restaurativa ou de uma tradição de profissões restaurativas, seja no Brasil ou no mundo, que indiquem o compartilhamento, mais uma vez, de um sentido restaurativo selecionável. De fato, a Justiça Restaurativa:

[...] não constitui um conceito, uma teoria ou prática monolíticos ou acabados, nem um paradigma consolidado, mas um paradigma em construção, plural e aberto [...]. Inexiste, portanto, um conceito, uma teoria ou um modelo de Justiça Restaurativa consensual ou universal, a ser implementado na prática, até porque o campo da Justiça Restaurativa nasce como um conjunto de práticas em busca de teoria(s). Não é outra a constatação de Rosenblatt (2016, p. 113-114) ao afirmar que: [...] até mesmo em países onde já existe uma tradição de pesquisas e discussões acadêmicas sobre o tema (como Canadá, Estados Unidos, Inglaterra, Austrália, Nova Zelândia, dentre outros) a Justiça Restaurativa ainda representa um modelo confuso (ou inacabado) de resolução de conflitos [...]. Aliás, nos quatro cantos do globo, a Justiça Restaurativa é comumente referida como um conjunto de práticas em busca de uma orientação teórica, ou como um mosaico de ideias e práticas frouxamente ligadas em vez de firmemente amarradas por um conjunto de princípios e instituições (Andrade, 2018, p. 58).

Por essas razões, não haveria que se falar em uma autodescrição restaurativa em termos luhmannianos pronta para servir de autorreferência a todo um sistema social funcionalmente diferenciado.

Em sexto e último lugar, se considerarmos os Centros e Núcleos de Justiça Restaurativa existentes no país, dificilmente, por tudo já explicado, reconheceríamos nesses órgãos uma estrutura sistemática coesa do tipo “organização social”, dotada de autologia, com fronteiras de sentido bem delimitadas, sobretudo em relação ao sistema do Direito.

Segundo Luhmann, as organizações pressupõem um nível avançado de desenvolvimento e evolução e surgem a fim de regular as prestações do trabalho que se repete com regularidade, independentemente do próprio interesse de quem o executa ou do puro gosto pela atividade

(Luhmann, 2006). As organizações implicam recrutamento (filiação) e distribuição de pessoal, se refere a determinadas pessoas (e não a todas elas) a partir de critérios de exclusão. “*Producen decisiones a partir de decisiones y – en ese sentido – son sistemas operativamente clausurados*” (Luhmann, 2006, p. 658), preveem a existência interna de subordinação, eventualmente remuneração, dependências com outras organizações, e, portanto, são dotadas de autopoiese.

Nesse sentido, o desenvolvimento atual daquilo que estaríamos tentados a chamar de “organizações restaurativas” (Coordenadorias, Centros ou Núcleos de Justiça Restaurativa), indica a inexistência de características autopoieticas¹². Em verdade, os espaços de Justiça Restaurativa no país estão sendo criados e geridos no interior do Judiciário, dando azo ao problema da colonização.

Note-se que, de acordo com a Resolução 225/2016, artigos 5º, 6º, 16 e 18, cabe aos Tribunais de Justiça de cada Estado da federação implantar os programas, disponibilizar recursos humanos e materiais, destinar espaço físico para os encontros e para o serviço administrativo, designar magistrado responsável pela coordenação, formar e manter equipes de facilitadores, instituir os fluxos internos e externos, promover capacitação e treinamento, monitorar e avaliar os programas.

Embora se possa observar alguns elementos de organização autônoma nesses espaços, não se pode afirmar que hajam grandes limites para essa autonomia, a ponto de sustentar-se em pé o argumento de que existam de fato, organizações restaurativas autológicas, autopoieticas, ainda menos, um sistema restaurativo funcionalmente diferenciado e constituído por organizações¹³.

Por tais razões, parece mais adequado afirmar que a Justiça Restaurativa, no interior das fronteiras da teoria luhmanniana, se aproxima mais da condição de sistema social do tipo “sistema de interação”, distinto de um sistema social funcionalmente diferenciado ou de um sistema de organização social, embora seu enquadramento ao conceito não seja perfeito.

Para Luhmann, sistemas de interação são pequenos sistemas que continuamente se formam e se desfazem, fruto de distinções também efêmeras, de breve duração, observadas na forma sistema/ambiente. São sistemas comunicacionais, localizados dentro da sociedade, e que operam a partir de contatos entre presentes (Luhmann, 2006, p. 644). Nas palavras do próprio autor:

Los sistemas-de-interaccion se forman cuando se utiliza la presencia de personas para resolver el problema de la doble contingencia a traves de la comunicacion. La presencia trae consigo la perceptibilidad y, en esta medida, el acoplamiento estructural con procesos de conciencia no controlables por médio de la comunicacion (Luhmann, 2006, p. 645).

São sistemas que se constituem pela diferença presença/ausência, distintos, portanto de seu entorno e dos sistemas funcionalmente diferenciados. São dotados de autopoiese, e, portanto, se autoproduzem, produzem sua própria história e determinam estruturalmente a si mesmos (Luhmann, 2006, p. 646).

¹² Sobre a realidade atual da Justiça Restaurativa no Brasil, longe de constituir um paradigma acabado de justiça, afirma Andrade (2018a, p. 37): “não se pode garantir que se trata de consolidação de um novo paradigma de juridicidade, muito menos de sociabilidade, mas de um conjunto de esforços emergentes, que reúnem teorização e operacionalização de projetos que se desenvolvem em caráter atomizado, com perspectivas e recursos institucionais muito diversificados, com escassa interação entre si”.

¹³ Observe-se a Lei Estadual do Estado de Sergipe 8984/2022, que, por exemplo, cria em seus artigos 2º e 4º, respectivamente, a estrutura administrativa do Núcleo Permanente de Justiça Restaurativa integrado à estrutura da Presidência do Tribunal de Justiça do Estado, e os cargos de Supervisor de Justiça Restaurativa, ocupáveis somente por servidores efetivos do quadro de pessoal do Poder Judiciário.

Os indivíduos se situam no interior desses sistemas como pessoas, ou seja, acopladas como consciências ou sistemas psíquicos. Assim, pressupõem o desenvolvimento da habilidade linguística para fins do diálogo respeitoso (em sua dimensão objetiva); um começo e um fim (efemeridade) (em sua dimensão temporal); e uma certa consideração pelas expectativas depositadas em outros sistemas de interação, ou seja, individualidade dos co-partícipes (em sua dimensão social).

Luhmann cita como exemplos de interação as aulas escolares, as audiências judiciais, as transações comerciais, as reuniões de um Conselho, etc. (Luhmann, 2006, p. 648, 653), e acrescenta: “*Bajo estas condiciones particulares se llega a una privatizacion, psicologizacion y, en ultimo termino, a la total reflexividad social de los sistemas de interaccion centrados en la interaccion*” (Luhmann, 2006, p. 654).

Colonização da Justiça Restaurativa a partir de uma perspectiva luhmanniana

Antes de mais nada, faz-se necessário examinar, ainda que sob um tênue fecho de luz, se a teoria luhmanniana se prestaria a instrumentalizar um exame crítico que se aproximasse das abordagens de tipo pós-coloniais, aptas a discutir o tema da colonização das práticas restaurativas, por exemplo, enquanto manifestação da colonialidade¹⁴.

Esse cuidado se justifica considerando haver uma percepção quase unânime no campo das Ciências Sociais de que essas abordagens seriam incompatíveis com a teoria luhmanniana, que seria, por sua vez, eurocêntrica¹⁵. Sendo verdadeira essa premissa, qualquer tentativa de exame da colonização da Justiça Restaurativa em termos sistêmicos luhmannianos seria infecunda.

Todavia, Dutra (2021, p. 3) sustenta a tese contrária — a qual adotamos como premissa válida neste artigo — de que é possível falar em um potencial pós-colonial da teoria luhmanniana.

De acordo com o autor, embora contenha elementos inegavelmente eurocêntricos¹⁶, a teoria dos sistemas sociais de Luhmann compartilha com a visão pós-colonial importantes pressupostos teóricos e pode, portanto, ser passível de uma revisão adaptativa com relação a estes conceitos.

Quanto aos pressupostos: 1) ambas assumem uma postura anti-essencialista, ou seja, assumem posturas críticas preocupadas com a distinção entre a aparência e a realidade dos fenômenos; 2) ambas são teorias da diferença (diferença sistema/entorno e diferença colonial, por exemplo) e 3) ambas pressupõem um processo de produção do conhecimento engajado: para os pós-colonialistas importam as condições de produção e os problemas reais de onde se extraem os objetos de pesquisa; para a teoria dos sistemas, o sistema científico é irritado pelos demais sistemas (político, econômico) sofrendo influências de fatores extra-científicos por meio dos

¹⁴ Sobre os temas do pós-colonialismo e dos estudos decoloniais, vide o texto de Ballestrin (2013) abaixo referenciado.

¹⁵ Em resumo, Souza (2012) acusa Luhmann de praticar “racismo mal disfarçado em culturalismo” (Souza, 2012, p. 1). O autor brasileiro afirma que Luhmann usa uma terminologia tecnológica para requestrar um culturalismo conservador já velho conhecido na região, que consiste em afirmar como característica determinante de uma essência brasileira (ou dos países com histórico de colonização) o atraso, a presença de estruturas pré-modernas (como a corrupção), como atributos estruturantes de seus sistemas sociais. Para Souza (2012) Luhmann deixa de explicar a gênese histórica dessas estruturas e, portanto, trata de ocultar a diferença colonial como uma das faces da história da modernidade. Souza (2018) acusa Luhmann de legitimar cientificamente preconceitos nacionais que estão pressupostos nas formas de relações internacionais, e que disfarçam um discurso de superioridade moral da Europa em face do Brasil e da América Latina.

¹⁶ A ressalva de Dutra (2021) se refere à história da modernidade de Luhmann. Efetivamente, os temas da colonialidade e a semântica da racialização como constitutivas da modernidade são ocultadas neste autor, para quem a modernidade é fruto de um fenômeno improvável, desprovido de *thelos*, próprio da Europa, e que consiste na diferenciação funcional dos sistemas sociais e na formação da sociedade mundial (que se irradia a partir da Europa).

acoplamentos estruturais. Em ambos os casos, qualquer postura ingênua sobre o modo como é produzido o conhecimento científico é rechaçada (Dutra, 2021, p. 6-7).

Quanto à possibilidade de adaptação, Dutra (2021) sugere a revisão da narrativa da modernidade luhmanniana, substituindo sua versão unitária por narrativas plurais sobre a experiência de cada contexto geo-histórico como parte do desenvolvimento “entrelaçado”. Essas histórias plurais seriam variações normais da modernidade global. As diferenças encontradas na América Latina (ou a diferença colonial) ausentes na obra de Luhmann, não significariam a negação de sua teoria, mas a confirmação do condicionamento do ambiente sobre os sistemas, ou seja, das variações estruturais no espaço-tempo próprias de um ambiente de tradições e histórias regionais.

A interpretação sobre a obra de Luhmann que extrai uma causalidade global e homogeneizadora das estruturas sociais locais, portanto, não corresponde a uma interpretação válida (Dutra, 2021). Ao contrário, o autor afirma que as relações de desigualdade e dominação regionais são contingentes (e não resultados causais de um projeto de dominação).

Essa afirmação se desdobra em duas conclusões mais específicas: 1) na constatação de que a desigualdade regional é multifatorial e não se resume à colonização ou à fatores exclusivistas (só políticos ou só econômicos, fruto de uma visão da complexidade); 2) na percepção de que essas desigualdades não são necessárias (mas contingentes) ao desenvolvimento da sociedade mundial, e portanto, podem ser superadas: uma visão cosmopolita das relações entre os Estados, contra uma visão nacionalista (isolacionista) descreve melhor a situação da sociedade mundial. Essas são perspectivas que surgem a partir da teoria de Luhmann e que de alguma forma se compatibilizam com o ideário pós-colonial (Dutra, 2021).

Posto isso, passando-se ao cerne da discussão, ou seja, à colonização da Justiça Restaurativa no Brasil, ainda se faz necessário reposicionar a Justiça Restaurativa no interior da teoria sistêmica. Embora se possa afirmar com certa margem de segurança que a Justiça Restaurativa tome corpo por meio de sistemas de interação (informação verbal)¹⁷, não se pode dizer que com eles se confunda inteiramente, uma vez que não se resume a seus processos e metodologias, ou seja, não se reduz aos espaços e processos em que a comunicação entre presentes se faz possível (processos restaurativos, mediação vítima-ofensor, círculos restaurativos, conferências de grupo familiar, etc.)¹⁸.

De fato, a Justiça Restaurativa, tanto no plano teórico quanto no plano prático, apresenta os atributos que caracterizam os sistemas de interação percebidos por Luhmann, além de elementos das organizações sociais. Contudo, vai além dos sistemas de interação e aquém das organizações autopoieticas.

Articula-se como uma rede de comunicação social situada na periferia do sistema do Direito, portanto, em uma zona de acoplamento estrutural¹⁹. Por meio de seus sistemas de interação, a

¹⁷ Informação verbal fornecida pelo professor Dr. Walber Araújo Carneiro, durante aula ministrada na disciplina “Teorias do Direito e da Justiça” do curso de Doutorado em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, na data de 11/11/2021, a quem se dá o crédito.

¹⁸ De forma distinta, Jaeger entende que somente as práticas restaurativas *lato sensu*, ou seja, as que não lidam com a complexidade do sistema penal, é que ocorrem no nível de um sistema interacional, e portanto, não constituem um sistema funcional (Jaeger, 2018, p. 32).

¹⁹ Guerra Filho (2014), sobre o conceito, explica que a periferia se situa em volta do centro do sistema (onde está sua estrutura), protegendo-o. É através da periferia que o sistema entra em contato e produz trocas com o meio ambiente e com os demais sistemas. “Desde as fronteiras de um dado sistema até o seu centro, - em uma periferia, portanto, forma-se [...] [uma] “zona de interpenetração”, onde os sistemas, nos termos de Luhmann, ‘irritam-se’ em decorrência de seu ‘acoplamento estrutural’ com outros sistemas” (Guerra Filho, 2014, p. 592).

Justiça Restaurativa produz a abertura do sistema do Direito aos sistemas psíquicos, às consciências, pela via da comunicação entre presentes e de todos os desdobramentos que dela decorrem. Neste *locus*, compartilha sua estrutura com a Justiça Penal (enquanto subsistema do sistema do Direito) por meio de suas organizações e programas (tribunais, varas judiciárias, centros e núcleos judiciários, quadro de pessoal, resoluções, critérios de seleção de casos, fluxos processuais penais, etc.), sem apresentar operações de autopoiese (portanto, sem adquirir a forma de organização social ou de sistema autônomo funcionalmente diferenciado).

Apesar disso, a comunicação restaurativa, longe de se encontrar generalizada simbolicamente (se é que o fará ou que terá capacidade de fazê-lo um dia) constitui política nacional nos termos da Resolução 225/2016 do CNJ e, a nosso ver, se aproxima mais de uma rede de sistemas de interações, distribuída desigualmente e em estágio de desenvolvimento e de consolidação de sua forma.

Por tais razões, não faz sentido a explicação segundo a qual a Justiça Restaurativa sofre colonização quando passa a operar com o código jurídico conforme/não conforme o Direito, ou quando é eclipsada pelo subsistema penal, posto não haver um sistema restaurativo para ser sobreposto ou um código binário com que fechar-se operacionalmente.

Ao contrário, acoplada ao sistema do Direito, parece ser da normalidade do funcionamento dos sistemas de interação restaurativos, em alguma medida, referenciar-se ao código lícito/ilícito, seja porque só pode atuar depois da seleção de conflitos ilícitos, seja porque seu processo e acordos restaurativos são fixados, regulados, avaliados e cancelados a partir desses mesmos critérios.

De todo modo, a relação de subalternização que se observa entre Justiça Restaurativa e Justiça Penal, em termos luhmannianos, aparenta derivar de fato de um movimento de estabilização do subsistema penal diante da abertura oferecida pela Justiça Restaurativa ao ambiente. Essa abertura cognitiva gera aumento da complexidade, indiferenciação e ao mesmo tempo sugere uma operação cujo código é ausente no subsistema penal.

Ao oferecer o encontro, a reparação e a transformação do conflito, e enfatizar a liberdade de manifestação dos envolvidos para a resolução do conflito, a reparação do dano e a construção coletiva da justiça com base nas experiências pessoais dos envolvidos (Andrade, 2018, p. 59), a Justiça Restaurativa força uma seleção não observada pelo subsistema penal, mas que em alguma medida lhe exige uma resposta jurídica adequada e gera uma expectativa sem garantia de satisfação.

Como exemplo dessa tensão gerada no acoplamento entre Justiça Restaurativa e Justiça Penal, cite-se a dificuldade atual encontrada entre os restaurativistas e processualistas (ou entre os próprios restaurativistas) quanto ao alcance dos efeitos jurídicos dos acordos restaurativos nos casos envolvendo crimes graves²⁰. Mencione-se também a dificuldade de fundamentação atual dos juízes que reconhecem a desnecessidade de aplicação de pena diante do cumprimento de acordos restaurativos em casos que envolvem crimes de maior potencial ofensivo²¹.

²⁰ Observe-se, por exemplo, a discussão que se costuma levantar entre os restaurativistas envolvendo o quanto disposto nos artigos 11 e 16 do Projeto de Lei 7006/2006. Tais dispositivos preveem a abertura de processo restaurativo sem fixar qualquer limite objetivo baseado na quantidade de pena para o crime investigado e prescrevem a possibilidade de extinção da punibilidade pelo cumprimento efetivo do acordo restaurativo. O que se discute, nesse caso, é se o alcance (independente da gravidade em abstrato) e o resultado jurídico (extinção da punibilidade) almejados pelo legislador devem ser atingidos sempre nesses termos em todos os casos.

²¹ Vide a fundamentação contida na sentença do Processo: 0008245-81.2016.8.16.0013, da 9ª Vara Criminal do Foro Central de Curitiba, prolatada na data de 12/05/2022, em comparação com seu dispositivo, que trata de um caso envolvendo um crime de roubo em que houve o reconhecimento de efeitos jurídicos de acordo restaurativo.

Diante dessa reação estabilizadora do sistema penal, e considerando que os sistemas de interação restaurativos atuam a partir de organizações constituídas pelo Judiciário e a partir de seus elementos internos, a Justiça Restaurativa tende a ser eclipsada, limitada a funcionar apenas com o resíduo da operação jurídico-penal, após uma sucessão de seleções realizadas por meio de critérios exclusivamente jurídicos.

Nos parece claro que em termos luhmannianos, em um contexto de disputa entre um sentido jurídico-penal simbolicamente generalizado, selecionado consistentemente por um sistema funcionalmente diferenciado, fechado operacionalmente, materializado por organizações sociais e sistemas de interação tradicionais, e uma comunicação restaurativa incipiente, a relação entre a Justiça Penal e a Justiça Restaurativa tende a ser predatória, dadas as circunstâncias atuais. Também deriva desse raciocínio que essa relação desigual não tem mais a ver com a postura pessoal de determinados juízes ou desembargadores conservadores, contrários ao desenvolvimento da Justiça Restaurativa, do que com toda uma lógica impessoal e complexa que transcende o voluntarismo.

Dessa primeira aproximação sistemática ao problema da colonização da Justiça Restaurativa, ao menos fica claro que eventuais apelos éticos a personalidades do Judiciário não parecem servir de boa estratégia. E mesmo que venham em alguma medida a surtir efeitos, soluções desse tipo, ou seja, do tipo que dependem da ação heroica de certos personagens de organizações do sistema do Direito, provavelmente não se mostrarão sustentáveis com o passar dos anos.

Por tais razões, tendo em vista os efeitos da contingência, pode-se imaginar três linhas evolutivas do processo de colonização da Justiça Restaurativa: 1) a fagocitose da Justiça Restaurativa pelo sistema penal, caso não haja uma forma de separar as áreas de atuação (se a Justiça Restaurativa continuar atuando na fronteira do sistema jurídico, com expectativas normativas em jogo); 2) o surgimento de uma nova diferenciação e a criação improvável de um novo sistema (como ocorreu com a Religião que abarcava a Política e o Direito), mas para isso deve haver um sentido restaurativo generalizado simbolicamente a ser selecionado e que gere uma diferenciação tal que justifique a criação de um sistema funcionalmente diferenciado; 3) uma adaptação do sistema penal que abarque a Justiça Restaurativa em um espaço de autonomia limitada. Aí a Justiça Restaurativa não tende a ser um sistema, mas uma variação do sistema jurídico fruto de ressonância, ou seja, da irritação imprevisível do ambiente que não vê na solução meramente punitiva, nem na separação civil/penal, uma separação funcional.

A Justiça Restaurativa, numa zona de acoplamento estrutural tal como essa, uma vez estabilizada a distinção, atua numa área de intersecção entre o penal, o cível e a justiça terapêutica. Nessa hipótese, um acordo restaurativo geraria efeitos nas duas órbitas jurídicas e ainda daria conta da dimensão interpessoal do conflito²². Sendo acionada em paralelo ao sistema penal, a Justiça Restaurativa poderia servir de reforço à realização da função de *ultima ratio* da Justiça Penal, e por isso, inevitavelmente, não poderia pretender a substituição do sistema.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A magnitude da obra de Luhmann, seja em extensão (mais de 60 livros e 400 artigos publicados) (Rodrigues; Costa, 2018, p. 302) seja em complexidade e sofisticação, impõe por si só sérios limites a qualquer pesquisa que busque explorar esse universo. A presente pesquisa, entre

²² Algo semelhante à maneira como funciona a Justiça Restaurativa na Nova Zelândia desde o final dos anos 80. Sobre o tema, vide Zehr (2012, p. 59).

outras razões, reduz-se a tomar como marco teórico muito mais uma interpretação possível dessa obra monumental, dentre várias outras - a interpretação que dela faz Jaeger (2018) -, do que a do próprio Luhmann. Isso se dá, sobretudo, pela razão óbvia de que o tema da Justiça Restaurativa, especificamente, não foi objeto de preocupação do autor alemão.

Além da falta de referência direta, as limitações deste trabalho se multiplicam diante de mais dois condicionantes: o risco de se assumir como válida uma versão “não autorizada” do pensamento luhmanniano (como essa de Jaeger) e a dificuldade natural de se explorar um campo não pavimentado, em que os mundos da Justiça Restaurativa e da teoria luhmanniana se encontram.

Apesar do tamanho do desafio e dos limites em que esbarra a pesquisa, pôde-se concluir que a Justiça Restaurativa é reconhecida, de acordo com a visão luhmanniana de Jaeger (2018), como um subsistema social funcionalmente diferenciado, portanto, dotado de função específica (a manutenção da expectativa da transcendência da razão sobre os afetos afligidos em situações de conflitos oriundos de crime), de um código binário (um voluntário encontro restaurativo ou não), de autopoiese (fechamento operacional), e ao mesmo tempo de abertura ao entorno, ou seja, de acoplamento estruturalmente com o sistema penal por meio do crime, que seleciona um sentido interpessoal do delito (sentido restaurativo), que opera com a complexidade gerada pelo próprio sistema penal através de uma comunicação restaurativa e que oferece ao ambiente uma prestação curativa.

Foi possível concluir também que a visão de Jaeger (2018) pode ser controvertida, ainda que tomando como pressuposto o contexto europeu onde é incubada. Mesmo em Portugal — mais ainda no Brasil — nos é permitido concluir que a Justiça Restaurativa não apresenta uma estrutura de sistema social funcionalmente diferenciado, pois: 1) não há que se falar em um “sentido restaurativo” selecionável e simbolicamente generalizado, que constitua um “tema restaurativo” consistente e pronto para ser comunicado socialmente; 2) em decorrência da ausência de uma comunicação restaurativa generalizada simbolicamente, é improvável que haja uma função específica e exclusiva a ser desempenhada pela Justiça Restaurativa; 3) soa estranho um código restaurativo que se confunde com seu sistema de interação; 4) tampouco há no Brasil programas restaurativos, a rigor; 5) não há uma autodescrição restaurativa madura, consistente, observável sob a forma de uma história restaurativa, de uma teoria restaurativa ou de uma tradição de profissões restaurativas e 6) inexistem organizações restaurativas, dotadas de autologia, com fronteiras de sentido bem delimitadas, sobretudo em relação ao sistema do Direito.

Ao contrário, aproxima-se mais a Justiça Restaurativa no Brasil de uma rede de comunicação entre presentes, constituída por sistemas de interação. Na periferia do sistema do Direito, a Justiça Restaurativa localiza-se especificamente no acoplamento estrutural entre o sistema jurídico e o ambiente (as consciências, os sistemas psíquicos, sobretudo). Disso decorre uma conclusão importante: a Justiça Restaurativa é responsável pela abertura cognitiva do sistema jurídico, e essa abertura ao mesmo tempo em que repercute em mais democracia e mais legitimidade (do ponto de vista do ambiente) para o sistema jurídico, também implica mais complexidade operativa e indiferenciação, e é justamente esse acréscimo de complexidade e de indiferenciação que paradoxalmente habilita o processo de colonização da Justiça Restaurativa, tal como constatado por Andrade (2018a).

Com efeito, desde os primeiros relatórios de 2006 (PNUD) às últimas pesquisas de campo realizadas em 2018 (CNJ), a Justiça Restaurativa vem sendo aplicada, em contradição com a forma como vem tentando se autodescrever, como meio de aperfeiçoamento do sistema penal, “vale dizer, da resposta jurídico-penal ao comportamento desviante”, quando se pretendia originalmente

implementar uma política substitutiva, uma “outra política criminal, num contexto amplo de intervenção social e que estaria destinada a transformar mais radicalmente a resposta jurídico-penal ao desvio” (Andrade, 2018a, p. 105):

Nesse ínterim, a pesquisa concluiu que a Justiça Restaurativa figurava, em todos os programas analisados, como instância complementar e nunca alternativa à justiça tradicional. Por outro lado, identificou que os programas, em suas práticas, reforçavam o modelo tradicional de justiça, o que “[...] poderia acarretar na perda do contraponto feito pela Justiça Restaurativa aos modelos retributivo e terapêutico” (ILANUD, 2006, p. 12).

Assim, a colonização da Justiça Restaurativa corresponde a uma reação estabilizadora do sistema penal, que diante da indiferenciação com relação ao ambiente provocada pela abertura cognitiva, tende a reduzir a complexidade a partir de seu próprio código operativo.

Considerando ainda que os sistemas de interação restaurativos atuam a partir de programas definidos no interior das organizações do Judiciário (CNJ e tribunais) e a partir de seus elementos internos, a Justiça Restaurativa tende a ser eclipsada, limitada a funcionar apenas com o resíduo da operação jurídico-penal, após uma sucessão de seleções realizadas por meio de critérios jurídicos.

Por tais razões, a relação entre Justiça Restaurativa e Justiça Penal tende a ser predatória, na medida em que a Justiça Restaurativa perde seu horizonte político-criminal e sofre uma “perversão programática”, porquanto passa a promover a maximização do sistema penal, ao invés de sua redução; passa a ampliar o espectro do sistema de justiça tradicional ao invés de promover qualquer mudança ou alteração substancial, e a ampliar a rede penal para além dos limites institucionais do Poder Judiciário (Andrade, 2018a, p. 106). Por meio dessa relação fagocitária, a Justiça Restaurativa tende a converter-se em mera técnica processual alternativa.

Em termos sistêmicos, a Justiça Restaurativa parece esbarrar em obstáculos intransponíveis quando procura se autodescrever como paradigma de justiça tendente a substituir a justiça penal. Subsiste nas entrelinhas dessa autodescrição uma referência a soluções holísticas, típicas de sociedades pré-modernas, ainda desprovidas de distinções sistêmicas funcionais. Em sociedades desse tipo, menos complexas, mecanismos personalizados (sistemas de interação face-a-face) bastavam para “*obtener la seguridad de la confianza*” (Luhmann, 2005, p. 189), situação, bastante distinta de sociedades modernas. Tal autodescrição induz a uma percepção retrógrada (porém equivocada) da Justiça Restaurativa.

Ao ofertar prestações não-punitivas, a Justiça Restaurativa parece responder ao conflito de maneira equivalente à sua complexidade, com soluções também complexas. Daí que, ao mesmo tempo em que aumenta a probabilidade de satisfação das expectativas, sobretudo quando comparada à resposta punitiva, reforça a probabilidade de conformidade das condutas com relação à norma jurídica. Por meio de seus sistemas de interação, a Justiça Restaurativa aumenta as chances de reforço dessa conformidade na medida em que opera no nível afetivo (não apenas no nível racional, de obediência abstrata à norma ou a valores nelas subsumidos), onde há a possibilidade de responsabilização substancial, ou seja, a tentativa (ao menos aproximativa) de vinculação de consciências (através do diálogo, pelo reconhecimento dos danos causados e da necessidade de repará-los).

Por esta razão, ao contrário de uma visão exageradamente otimista, que vê a Justiça Restaurativa como um sistema funcional diferenciado, ou de uma visão exageradamente pessimista,

que enxerga um retrocesso na escala evolutiva da sociedade produzida pelo uso de soluções restaurativas holísticas (não diferenciadas funcionalmente), o que se pode observar é bem mais uma variação do sistema jurídico, que visa sua estabilização: uma mutação (espécie de teste adaptativo?), uma busca por sustentabilidade e por heterorreflexividade, ante a insuficiência do sistema penal em apresentar respostas satisfatórias ao problema do crime.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Vera Regina Pereira de (Coordenação). **Pilotando a Justiça Restaurativa: o papel do poder judiciário**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2018a.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Restorative justice and criminal justice: limits and possibilities for Brazil and Latin America. **International Journal of Restorative Justice**, 1(1), 9-32, 2018b.
- BALLESTRIN, Luciana. América Latina e o giro decolonial. **Revista Brasileira de Ciência Política**, n 11, Brasília, p. 89-117, maio-ago 2013.
- BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- BENEDETTI, Juliana. C. A justiça restaurativa de John Braithwaite: vergonha reintegrativa e regulação responsiva. **Revista direito GV**, v. 1, n. 21, p. 209-216, jun - dez 2005.
- BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça (CNJ)**. Resolução nº 225, de 31 de maio de 2016. Dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atosnormativos?documento=2289>>. Acesso em 09 nov. 2016.
- CARNEIRO, Walber Araújo. Teorias ecológicas do direito: por uma reconstrução crítica das teorias jurídicas. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Belo Horizonte, ano 18, n 28, p. 37-72, jul-dez 2020.
- CHERNILO, Daniel. MASCARENO, Aldo. Universalismo, Particularismo y sociedad mundial: obstáculos y perspectivas de la Sociología en América Latina. **Persona y sociedad**, v XIX, n 3, p. 17-45, 2005.
- CHRISTIE, Nils. Conflicts as property. **The British Journal of criminology**, v. 17, n. 1, p. 1-15, january 1977.
- CONSELHO ECONÔMICO E SOCIAL DA ONU (ECOSOC). Resolução 2002/12, de 24 de julho de 2002. Regulamenta os princípios básicos para a utilização de Programas de Justiça Restaurativa em Matéria Criminal. **Organização das Nações Unidas**: Agência da ONU para refugiados (UNCHR), E/RES/2002/12. Disponível em: <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/46c455820.html>>. Acesso em: 09 nov. 2017.
- DUTRA, Roberto. Por uma sociologia sistêmica pós-colonial da América Latina. **DADOS**, Rio de Janeiro, v 64 (1), 2021.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: nascimento da prisão. Tradução de Raquela Ramalhete. 28. ed. Petrópolis: Vozes, 1993.
- GARCIA, Jesús Ignacio Martínez. Para leer a Luhmann: avisos para juristas. In: LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Traducción de Javier Torres Nafarrate con la colaboración de Brunhilde Erker, Silvia Pappe y Luis Felipe Segura. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2005, p. 13-22.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. Imunologia: mudança no paradigma autopoiéticos? Passagens. **Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica**, Rio de Janeiro: vol. 6, no.3, p. 584-603, setembro-dezembro, 2014.

HULSMAN, Louk. H. C. Critical Criminology and the concept of crime. **Contemporary Crises**, Dordrecht, v. 10, p. 63-80, 1986.

LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Traducción de Javier Torres Nafarrate con la colaboración de Brunhilde Erker, Silvia Pappe y Luis Felipe Segura. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2005.

LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Traducción de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2006.

MELEU, Marcelino S.; KELNER, Lenice. Justiça Restaurativa: pressuposto para uma política constitucional criminal voltada à efetivação dos direitos humanos. **Revista de Criminologia e Políticas Criminais**, v 4, n 2, p. 138-158, jul/dez, Porto Alegre, 2018.

OLIVEIRA, Cristina Rego de. **Rupturas ou continuidades na administração do conflito penal?** Os protagonistas e os processos de institucionalização da justiça restaurativa em Portugal e no Brasil. 2020. Tese (Doutorado em Direito, Justiça e cidadania no século XXI) – Faculdade de Economia, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2020.

RODRIGUES, Léo Peixoto; COSTA, Everton Garcia da. Niklas Luhmann: uma visão sistêmica (e polêmica) da sociedade. **Sociologias**, ano 20, n 48, Porto Alegre, p. 300-309, maio-ago 2018.

RODRIGUEZ, Darío. Invitación a la sociología de Niklas Luhmann. *In*: LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Traducción de Javier Torres Nafarrate con la colaboración de Brunhilde Erker, Silvia Pappe y Luis Felipe Segura. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2005, p. 23-55.

ROSENBLATT, Fernanda Fonseca. Lançando um olhar empírico sobre a justiça restaurativa: alguns desafios a partir da experiência inglesa. **Revista Brasileira de Sociologia do Direito**, Porto Alegre, v 1, n 2, p. 72-82, jul-dez 2014.

SANTOS, Cláudia Cruz. **A Justiça Restaurativa: um modelo de reação ao crime diferente da justiça penal: porquê, para quê e como?** Coimbra: Coimbra, 2014.

SCURO, Pedro. O enigma da esfinge. Uma década de Justiça Restaurativa no Brasil. **Revista Jurídica – CCJ/FURB**, v 12, n 23, p. 3-24, jan/jun, 2008.

SELL, Carlos Eduardo; MARTINS, Carlos Benedito (Orgs). **Teoria sociológica contemporânea: autores e perspectivas**. São Paulo: Annablume, 2017.

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

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Direito Ambiental e Sustentabilidade**. Curitiba: Juruá, 2006.

SLAKMON, C. *et al.* (Orgs). **Justiça Restaurativa**. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), 2005. p. 163-188.

SLAKMON, C.; *et al.* (Orgs). **Novas direções na governança da justiça e da segurança**. Brasília: Ministério da Justiça, 2006.

SPOSATO, K. B. **Justiça Juvenil Restaurativa e novas formas de solução de conflitos**. São Paulo: CLA Cultural, 2018.

SOUZA, Jessé. **Existe uma ralé global de desclassificados sociais?** Para uma teoria crítica da modernização. 33 Encontro anual da ANPOCS, GT 15, 02/10/2021. Disponível em: <https://anpocs.com/index.php/papers-33-encontro/gt-28/gt15-24/1928-jessesouza-existe/file> Acesso em: 17/09/2022.

SOUZA, Jessé. **Subcidadania brasileira**: para entender o país além do jeitinho brasileiro. Rio de Janeiro: Le Ya, 2018.

TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock. **Criminologia Crítica**. Tradução de Juarez Cirino dos Santos e Sergio Tancredo. Rio de Janeiro: Graal, 1980.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **En busca de las penas perdidas**: Deslegitimacion y dogmatica jurídico-penal. Buenos Aires: Ediar, 1998.

ZEHR, Howard. **The Little book of restorative justice**. Intercourse: GoodBooks, 2002.

ZEHR, Howard. **Justiça Restaurativa**. Tradução Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2012.