

JUSTIÇA RESTAURATIVA: os riscos burocráticos à concretização da democracia constitucional no sistema de justiça criminal brasileiro sob o olhar da criminologia crítica.

Lenice Kelner¹

Feliciano Alcides Dias²

Giordani Alexandre Colvara Pereira³

RESUMO: Este texto busca verificar os possíveis impactos da Justiça Restaurativa na democratização do sistema jurídico-penal do Brasil e na concretização dos direitos fundamentais. Busca avaliar possíveis riscos trazidos por nossa cultura burocrática, e como livrar-se das amarras da burocracia estatal para que elas não impeçam o desenvolvimento das políticas públicas e comunitárias. Para tanto, utiliza-se do método sistêmico de Teoria da Sociedade Niklas Luhmann, observando o ordenamento jurídico enquanto um sistema aberto e o aporte teórico da criminologia crítica, pois, há décadas denuncia a violência e a seletividade da pena criminal e a justiça restaurativa é uma possibilidade de seguirmos por um horizonte mais humanizado na construção de uma justiça menos excludente e na redução de danos tanto de acusados e vítimas no sistema criminal brasileiro.

Palavras-chave: Constituição. Justiça Restaurativa. Democracia Constitucional. Justiça Criminal. Criminologia crítica.

ABSTRACT: This text seeks to verify the possible impacts of Restorative Justice in the democratization of the legal-penal system in Brazil and in the realization of fundamental rights. It seeks to assess possible risks brought by our bureaucratic culture, and how to get rid of the bonds of state bureaucracy so that they do not impede the development of public and community policies. To do so, it uses the systemic method of Niklas Luhmann Society Theory, observing the legal system as an open system and the theoretical contribution of critical criminology, since for decades it has denounced violence and the selectivity of criminal punishment and restorative justice is a possibility for us to follow a more humanized horizon in the construction of a less excluding justice and in the reduction of damages for both accused and victims in the Brazilian criminal system.

Keywords: Constitution. Restorative Justice. Constitutional Democracy. Criminal Justice. Critical criminology.

INTRODUÇÃO

A ordem jurídica de um país funciona como um verdadeiro sistema social, que possui hierarquia entre leis e instituições que interagem entre si de forma complexa e dinâmica, com a finalidade precípua de garantir a dignidade humana a todos os cidadãos que integram o sistema. Para tanto, possui mecanismos regulatórios que corrigem eventuais desvios, tais como a Constituição Federal, cujo guardião é o Supremo Tribunal Federal - a despeito de suas disfunções -, tem como finalidade manter o equilíbrio do

¹ Pós Doutora em Criminologia (UERJ). Doutora em Direito Público (UNISINOS). Mestre em Ciência Jurídica (UNIVALI). E-mail: lenice.kelner@gmail.com

² Doutor em Direito Público pela UNISINOS. E-mail: feliciano@furb.br

³ Mestrando do PPGD em Direito da FURB – Fundação Universidade de Blumenau/SC E-mail: giooo@jfsc.jus.br

sistema jurídico sobre o qual todos estamos inseridos. Cabe ressaltar que a totalidade de qualquer sistema, inclusive o jurídico, é diversa da soma de suas partes, e suas constantes transformações são sempre motivadas pelas acentuadas mudanças comportamentais, tecnológicas, econômicas e políticas que a sociedade vem vivenciando na alta modernidade vivenciada no século XXI.

O constitucionalismo, viga mestra de todos os sistemas jurídicos, ganhou força normativa e protagonismo nas cartas políticas das nações, inclusive no Brasil, após a quase aniquilação vivenciada no deslinde da Segunda Guerra Mundial. O marco deste momento histórico foi a criação da Organização das Nações Unidas – ONU e a proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, garantindo a dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais a todos os cidadãos, evitando-se, assim, a coisificação do ser humano experimentada durante os horrores da guerra, possibilitando significativos avanços éticos e civilizatórios nas relações entre países, e entre estados e cidadãos no âmbito do direito interno. Assim, os estados-nação signatários passaram a, progressivamente, consolidar direitos de primeira geração (civis e políticos) e a proclamar direitos de segunda (sociais) e terceira (coletivos e difusos) gerações, em uma verdadeira ampliação do catálogo de garantias fundamentais que vêm sendo paulatinamente debatidos e concretizados, à medida que as sociedades se transformam e se desenvolvem. O constitucionalismo trouxe o Estado Democrático Constitucional, no qual a validade das normas passou a submeter-se não só a um controle formal, mas um controle de conteúdo, que deveria estar de acordo com as novas constituições.

A pós-modernidade, período vivenciado a partir do término da guerra fria (1991), vem trazendo acentuadas ondas de reformas constitucionais, aonde se busca captar o espírito e as reais necessidades dos povos e estabelecer novos mecanismos de controle para a concretude dos direitos, garantindo formas inéditas de participação política, controle social, amplo catálogo de direitos fundamentais e pluralismo jurídico, destacando-se as constituições andinas de Equador (2008) e Bolívia (2009), que superaram em muitos aspectos o próprio constitucionalismo europeu (MELO, 2021). Nesse contexto de significativas transformações sociais e a crise de congestionamento, eficácia e legitimidade do sistema de Justiça criminal de países de todo o mundo, a própria ONU recomendou, por meio da Resolução nº /1999, que países signatários adotassem a Justiça Restaurativa – JR. A JR possui sua fundamentação teórica com base na obra de Howard Zehr (2012) e,

em apertada síntese, busca incentivar os operadores do direito a trocar as lentes do modelo burocrático e tradicional da justiça retributiva, para uma justiça mais humana, holística, transdisciplinar e sobretudo democrática, pois conta com a participação ativa das vítimas, dos ofensores e da própria comunidade na resolução dos conflitos, razão pela qual aumenta a eficácia e a legitimidade do sistema de justiça.

Trata-se não só de uma mudança de vivenciar a justiça, mas sobretudo de uma nova postura ética, razão pela qual a ONU incluiu em sua agenda 2030 como Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, o tema da Paz, Justiça, e Instituições Eficazes, buscando promover o acesso à justiça como garantia fundamental, para todas as pessoas por meio da participação comunitária, e construir instituições responsáveis, e inclusivas em todos os níveis, não somente no Poder Judiciário. Buscou-se, portanto, um mecanismo que alterasse e impactasse o sistema jurídico retributivo dos países, com normas restaurativas que passaram a compor o sistema aberto e dinâmico, com vistas à pacificação social. No Brasil, a recomendação da ONU restou incorporada ao sistema normativo por meio da Resolução nº 225/2016 do Conselho Nacional de Justiça - CNJ, que institui a Política Nacional de Justiça Restaurativa, estabeleceu conceitos, firmou diretrizes, e possibilitou a derivação do sistema tradicional para o processo restaurativo, além da prolação de decisões com este enfoque, sem prejuízo, ainda, da instauração de programas restaurativos de base comunitária, buscando-se a construção de uma cultura de paz, evitando-se o monismo jurídico que levou ao esgotamento do Poder Judiciário, seus limites orçamentários e operacionais, sua lentidão e seu descrédito.

A necessidade de implantação da Política Nacional de Justiça Restaurativa veio em meio ao estado das coisas inconstitucional⁴ vivenciado pelo degradante sistema prisional brasileiro, que, segundo Kelner (2018, p. 189), tornou-se um calabouço da modernidade, pois *'a prisão se torna então, um braço repressivo do estado, com a lógica de que quando mais você punir, vais castigar, mais torna o sujeito um bom cidadão'*. A criminologia crítica é assente no sentido de que o sistema retributivo de justiça e seu tradicional método de privação de liberdade é seletivo, ideológico, arbitrário e autoritário, e não atinge os fins aos quais se destina, qual seja, o da ressocialização, da prevenção geral e da pacificação, uma vez que os índices de reincidência e criminalidade permanecem alarmantes e o

⁴ Terminologia utilizada pelo próprio Supremo Tribunal Federal ao proceder ao julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/DF, referindo-se ao estado das coisas em que se encontrava o sistema carcerário nacional.

sistema muitas vezes atua no sentido contrário, qual seja, deflagrar ainda mais criminalidade. Mas qual o impacto da justiça restaurativa para a garantia da dignidade da pessoa humana, democratização do acesso à justiça e para a garantia dos direitos fundamentais? Quais os riscos que nossa cultura jurídica monista e burocrática podem oferecer ao sucesso da empreitada da Política Nacional de Justiça Restaurativa? Para responder tais questionamentos, buscaremos fazer uma análise teórica da justiça restaurativa, seus fundamentos constitucionais, os direitos e garantias individuais envolvidos. Posteriormente, discorreremos acerca das características burocráticas utilizadas em nossa democracia e quais os riscos que devem ser evitados para o êxito da justiça restaurativa no Brasil. Utilizaremos o método sistemático de Niklas Luhmann (1986), uma vez que a Política Nacional de Justiça Restaurativa está inserida, por meio de resolução, ao ordenamento jurídico brasileiro e poderá gerar impactos significativos no sistema aberto, interagindo com as demais normas e alterando positivamente o ambiente, desde que tomadas as cautelas necessárias.

A TRANSFORMAÇÃO DE UM SISTEMA: fundamentos constitucionais da Justiça Restaurativa no Brasil

A Justiça Restaurativa, enquanto filosofia teórica, baseia-se na sabedoria inata dos seres humanos, em especial nas práticas aborígenes dos povos ancestrais que habitavam a Nova Zelândia, Canadá e África. Tais comunidades costumavam solucionar seus litígios e obter a pacificação social utilizando-se de círculos de conversa ao redor da fogueira, de forma lúdica, com bastão de fala e simbologias, contando com a participação voluntária das vítimas, ofensores e da comunidade. O enfoque restaurativo busca precipuamente atender às necessidades dos envolvidos, sejam eles vítimas ou ofensores, corrigir erros e os males causados pelo ato ilícito, buscando a superação de traumas e a recomposição do tecido social rompido, atuando nas causas que deram origem ao litígio, evitando a espiral do conflito. O foco é no restabelecimento de laços, e não na punição, embora eventualmente esta seja necessária. Na lente restaurativa, crime é definido pelo dano à pessoa e ao relacionamento, buscando resgatar os laços rompidos. Busca-se compreender a ofensa em seu contexto total, ético, social, econômico e político, ou seja, abandona-se o

monismo jurídico, observando o fenômeno em um contexto complexo e transdisciplinar (MORIN, 1990).

Busca, portanto, suplantar a justiça retributiva tradicional aonde, nas palavras de Howard Zehr (2012), o crime é definido como uma violação abstrata da lei, a vítima é fictícia (o estado), e, em regra, as necessidades e os direitos das partes, sobretudo da vítima, são ignorados, as dimensões interpessoais do delito são irrelevantes, e a ofensa é definida em termos técnicos e jurídicos. A justiça retributiva tradicional não se importa com as causas econômicas, políticas, sociais ou psicológicas que ensejam a deflagração do conflito, tampouco atender as reais necessidades dos envolvidos, razão pela qual não se propõe a evitar a reincidência, uma vez que os problemas originários que deflagraram as práticas delitivas permanecem intactos. A transição da tradicional justiça retributiva para a justiça restaurativa é, nas palavras de Howard Zehr (2012), uma mudança de paradigma, parafraseando a célebre frase do epistemólogo Thomas Kuhn, uma vez que o modelo vigente não encontra respostas, atingiu seus limites operacionais e precisa ser alterado, sob pena de ruir, pois enfrenta uma crise sem precedentes e não pode mais ser remendado. Mas qual a constitucionalidade (ou legalidade) de implantar, dentro do sistema jurídico-institucional, um programa comunitário aborígene, ancestral, flexível, dinâmico e artesanal, por meio de um estado burocrático, mecânico, pós-moderno, acostumado a enfrentar demandas repetitivas de massa por meio de ritos e procedimentos legais rígidos e burocráticos? A República Federativa do Brasil intitula-se como um 'Estado democrático de direito' (Art.1º, CRFB) e, logo no preâmbulo⁵ de sua carta política, afirma que a democracia está voltada a assegurar a liberdade, o bem-estar, a igualdade e a justiça, enquanto valores de uma sociedade pluralista. Observemos a estreita ligação entre o princípio democrático e a soberania popular, pois a legitimação de todas as atividades estatais, objetivos e finalidades originam-se da vontade popular. Observe-se que a cidadania, definida como participação do indivíduo nos assuntos coletivos, o que inclui a própria administração dos conflitos e, por sua vez, da própria justiça, é definida como um dos fundamentos da República (art. 1º, inciso II, CRFB/88).

⁵ Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

A dignidade da pessoa humana, conceito medieval de origem cristã que remete à Santo Agostinho, trazidos à filosofia pelo alemão Immanuel Kant (SARLET, 1988) e que, posteriormente, restou positivado em todos os ordenamentos jurídicos ocidentais, e entendida como a base de todos os demais direitos, uma vez que coloca toda a pessoa humana, pelo simples fato de ser humano, como um fim em si mesmo, também é consagrada como fundamento da República (art. 2º, inciso III, CRFB/88). Os direitos fundamentais, por sua vez, constituem as regras que, dentro do sistema jurídico, regulamentam a relação entre estado e indivíduo e, segundo Canotilho (2003), possuem papel fundamental na construção do Estado Constitucional Democrático, pois nele vigora princípio da soberania popular, que garante a participação ativa e democrática do povo na própria formação do poder, onde um concretizado, assegura a compreensão do Estado Constitucional Democrático.

No que tange à política criminal, há normas constitucionais que, em tese, deveriam proteger os cidadãos contra eventuais abusos do sistema institucional estatal, todas previstas no art. 5º da CRFB, tais como (a) proibição de tortura ou tratamento desumano ou degradante (inc. III); (b) proibição de penas cruéis (inc. XLVII), (c) respeito à integridade física e moral do preso (inc. XLIX), (d) proibição de liberdade sem o devido processo legal (LIV). Os baixos investimentos no sistema penitenciário combinado com o populismo e o uso do direito penal simbólico, que, por sua vez, acarretou a criação desenfreada de tipos penais, faz com que o Brasil siga, de forma deliberada, a cartilha perfeita para o sucesso de um semi-holocausto no sistema carcerário que atualmente conta com mais de 700 mil detentos. As péssimas condições sanitárias das instalações, superlotações, as trocas de lealdades entre segregados e facções que financiam e retroalimentam a criminalidade às custas do erário público, os massacres, as guerras de gangues, a corrupção, o uso deliberado de aparelhos de celulares entre os presos, as constantes rebeliões, o excessivo número de presos provisórios devido à lentidão da burocrática justiça criminal, fizeram com que o Supremo Tribunal Federal tenha declarado estado das coisas institucional (ADPF 347/DF), mostrando que o sistema tornou-se desequilibrado e patológico, e que, das normas constitucionais de proteção dos direitos e garantias fundamentais do preso, restou tão somente a folha de papel (LASALLE, 2012).

A criminologia crítica, de forma zetética, denuncia que os tipos penais ideológica e primariamente eleitos pelo legislador e, secundariamente, perseguidos pelas autoridades policial e judicial (tráfico de drogas, roubos, furtos), privilegiarem a persecução penal dos delitos em regra cometidos pelas camadas menos favorecidas da população (raça e renda), em detrimento dos delitos cometidos dentro da lógica do sistema de acumulação capitalista, como os delitos tributários e ambientais (BARATTA, 1999), para mostrar o quanto o sistema de justiça pode mostrar-se injusto, deturpado e teratológico, atuando como um fator de manutenção da ordem social, violando de sobremaneira os direitos à liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana. A crença mítica de que a privação da liberdade ao longo do tempo, trazida pela dosimetria da pena, mediante o prolongamento de doses temporais do indivíduo no cárcere, poderia de um lado dissuadir o cometimento de crimes pela prevenção geral e, de outro, ressocializar um ofensor ao estigmatizá-lo de ‘criminoso’, excluí-lo do convívio social ao invés de acolhê-lo, não poderia ser mais fantasiosa e acarretar um resultado mais desastroso. A imputação de tipos penais abstratos e vítimas fictícias também não poderia ser menos pedagógico, e mostra a necessidade de utilização, por parte do sistema normativo, de enfoques restaurativos, aonde o verdadeiro objetivo seja a correção de erros e o restabelecimento de vínculos entre vítima, ofensor e comunidade, devido ao acolhimento que tanto fortalece as relações sociais. Elizabeth Elliot, ao escrever sobre a construção de sociedades mais saudáveis, afirma que:

As pessoas têm o benefício do apoio de uma comunidade são menos propensas a serem vítimas dos tratamentos despersonalizados das agências estatais. Em uma comunidade saudável, as pessoas estão atentas aos problemas umas das outras e se ajudam em tempos de necessidade ou crise. Por outro lado, as pessoas são encaminhadas para os serviços do sistema de bem-estar social e para as agências de justiça criminal são desumanizadas. Além do mais, as instituições responsáveis por educação, punição, sistema de garantias e justiça criminal vão isolá-las e estigmatizá-las. Quando buscamos encontrar justiça nas leis e nos processos formais regidos por regras e por um conjunto de punições, extinguimos a esperança de fortalecer os relacionamentos entre os indivíduos envolvidos, e entre os indivíduos e suas comunidades (2018, p. 184).

Segundo a autora, ainda, os sistemas normativos (leis, regras, diretrizes, relatórios), que, em verdade, não são nada mais do que meros pedaços de papel, não podem acarretar mudanças em pessoas e comunidades, algo indispensável para lidar seriamente como as causas do crime e a prevenção da reincidência. Por fim, Elliot assevera que ‘as instituições

tratam as pessoas como casos e os conflitos como arquivos, e são governadas por regras e políticas que limitam seu mandato e flexibilidade (2018, p.257). O mandato do Poder Judiciário não é curar, mas sim processar, julgar e arquivar. É somente através dos relacionamentos e da comunidade que o comportamento aberrante ou destrutivo pode ser combatido, trabalhado e modificado, pois o crime é uma violação de pessoas e de relacionamentos (ZEHR, 2012), e não uma fictícia violação da lei e do estado. As leis podem ser necessárias para responsabilizar as instituições, mas é improvável que um ser humano sinta menos uma conexão emocional com outro ser humano do que com uma instituição, e a responsabilidade intrínseca é cultivada através de relacionamentos e não por comandos institucionais, decretos e estatutos governamentais. Os fundamentos teórico-filosóficos da Justiça Restaurativa estão, portanto, muito mais em consonância com os ditames constitucionais do que o atual estado das coisas trazidos pela tradicional justiça retributiva punitivista capitaneada pela política criminal brasileira, esta sim, manifestamente disfuncional e inconstitucional, como já declarou o Supremo Tribunal Federal. Restou claro, portanto, que a Política Nacional de Justiça Restaurativa, que incorpora sistema jurídico por meio de resolução, possui muito a contribuir não só nas práticas dos tribunais, como também na comunidade (escolas, associações) e Universidades, estabelecendo uma cultura jurídica de paz, plural, científica e complexa, preservando os direitos e garantias individuais e abandonando o pernicioso monismo jurídico que tanto deturpa o conceito de justiça que ora vivenciamos no Brasil.

DESATANDO O NÓ GÓRDIO: a burocracia enquanto amarras que limitam a democracia

A lenda do nó górdio, narrado na antiguidade clássica na Ásia menor, dizia que aquele que lhe desenhasse as complexas amarras, seria reservada a futura grandeza. Segundo o mito, Alexandre Magno, O grande, teria reformulado a questão e destruído o nó com golpe de espada, vindo a conquistar toda a Ásia nos anos seguintes. A Constituição Federal de 1988, enquanto mito – já que chegamos ao fim das ilusões constitucionais (BELLO, BERCOVICI e LIMA, 2019) -, definiu a República Federativa do Brasil como Estado Democrático de Direito, garantindo a soberania total dos cidadãos aos assuntos de estado, mediante a preservação de determinados institutos jurídicos como voto popular

direito, secreto e universal, por meio do qual são eleitos os representantes do povo, a utilização de plebiscitos e referendos, iniciativa popular na proposta de leis. No âmbito do Poder Judiciário, é garantido, por exemplo, nos crimes dolosos contra a vida, o exercício da cidadania pela participação popular no conselho de sentença do Júri, o ajuizamento de ações populares em caso de lesão ao patrimônio coletivo material ou imaterial, além da, nas ações coletivas de controle concentrado de constitucionalidade, a participação de *amicus curiae* e a realização de audiências públicas.

Assim, associações privadas, sindicatos, partidos políticos e até mesmo pessoas físicas, podem de alguma forma participar dos debates dos assuntos de interesse coletivo em qualquer dos três poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário), o que garante níveis mínimos de participação popular. Observa-se, entretanto, que o Poder Judiciário funciona como uma verdadeira *caixa-preta*, pois os magistrados são tecnocratas que, malgrado detenham legitimidade legal, que não são investidos no poder pelo voto popular, e nem sempre estimulam a participação pública nas causas de sua responsabilidade, umas vez que sentem-se instados a julgar com base na lei, doutrina, jurisprudência, e princípios gerais do direito, e vêem a participação popular como um atravanco à sua autonomia funcional. A judicialização da política, ou politização da justiça, aqui tratada incidentalmente, é um fenômeno disfuncional e que desestabiliza o equilíbrio e a harmonia entre os poderes tripartites, pois transfere aos tecnocratas, ou burocratas qualificados - os ditos *experts*- assuntos que deveriam ser enfrentados por aqueles eleitos pelo voto popular, com ampla participação social, em um verdadeiro exercício democrático. Trata-se, portanto, de uma ameaça à soberania popular, e fere frontalmente os direitos e garantias individuais (BELLO, BERCOVICI, LIMA, 2019).

A discussão acerca das tensões envolvendo a democracia e a burocracia não são novas, e remontam ao surgimento dos estados modernos, que passaram a administrar vastos territórios e população numerosa, estabelecendo governos com corpos estáveis e permanentes de funcionários, que deviam atuar mediante a observância de regras escritas e procedimentos racionais pré-estabelecidos. O termo deriva de '*boureau*' (escritório) e '*cratia*' (poder), o que denota o 'poder oriundo dos escritórios', e tem como grande estudioso o sociólogo alemão Max Weber. Segundo Weber (1967), a modernidade é um período de dominação dos seres humanos por meio da burocracia, pois esta é a melhor maneira de coordenar as atividades dos seres humanos de um modo razoavelmente estável

ao logo do espaço e do tempo, em especial em sociedades numerosas. Embora seja um defensor dos notáveis avanços que a burocracia trouxe em nosso processo civilizatório, Max Weber temia que o uso desenfreado da burocracia pudesse ganhar vida própria diminuindo o poder democrático dos cidadãos, em que o exercício do poder e de controle se dava por burocratas anônimos, o que o romancista Honoré de Balzac (*apud* Giddens, 2012, p.556), qualificaria de ‘poder gigante exercido por pigmeus’.

O sociólogo americano funcionalista Robert Merton analisou o tipo ideal burocrático de Weber e observou que vários elementos inerentes à burocracia podem levar a consequências prejudiciais para o funcionamento do próprio sistema burocrático (MERTON, 1957), como se o excesso de racionalização levasse a resultados irracionais, em uma verdadeira disfunção da burocracia. Em primeiro lugar, Merton observou que os burocratas são treinados para seguir estritamente regras e procedimentos escritos. Eles não são incentivados a ser flexíveis, a usar seu próprio juízo para tomar decisões ou a buscar soluções criativas; a burocracia diz respeito a lidar com cada caso segundo um conjunto de critérios objetivos. O autor temia que essa rigidez pudesse levar ao ritualismo inflexível, uma situação em que as regras são mantidas a qualquer custo, mesmo em casos em que outra solução possa ser melhor para uma organização como o todo. Bauman (1998), por sua vez, alerta que o grande número de tarefas discretas faz com que os burocratas não se sintam nada responsáveis pelo resultado final de suas ações.

Na literatura jurídica, um dos grandes questionadores da burocracia no processo penal foi o romancista Franz Kafka na obra ‘O processo’ (2012), uma narrativa carregada de uma atmosfera claustrofóbica, absurda e distópica, na qual o personagem está imerso, devido a à sequência infundável de surpresas quase surreais, geradas por uma lei maior e inacessível, que está no entanto em perfeita conformidade com os parâmetros reais do sistema jurídico sociedade moderna. O grande número de ações criminais que tramitam na máquina judiciária brasileira, para processar e julgar os tipos penais materialmente insignificantes, que tramitam por décadas nos escaninhos judiciários, gerando altos custos e levando, de um lado, à lentidão e à prescrição e, de outro, uma legião de milhares de presos provisórios aguardando moroso julgamento, seria um reflexo da disfunção da burocracia, nas palavras de Robert Merton, uma irracionalidade causada pelo excesso de racionalização? O roteiro processual de instauração de inquéritos, formulação de denúncias prolixas e abstratas, com base tipos penais abstratos cometidos em face de com

vítimas fictícias (o estado), para obter um encarceramento que não serve para ressocializar tampouco para dissuadir, estaria em consonância com os valores democráticos constitucionais ou, talvez, estaríamos reproduzindo na vida real a novela absurda de Franz Kafka?

Nestas reflexões, devemos reconhecer que o processo penal e direito penal, da forma como aplicados, não respeita a soberania popular, pois delegados, juízes, promotores e advogados não são treinados na linguagem de atender as reais necessidades dos envolvidos e oferecer cura aos laços sociais rompidos pelo delito. O sistema jurídico-burocrático é desumanizante, pois (a) não dá voz às necessidades da vítima, uma vez que esta serve como um mero meio de prova, muitas vezes revitimizada nas audiências; (b) desrespeita as necessidades do ofensor, pois deseja afastá-lo arbitrariamente do convívio social, sem preocupar-se se, futuramente, ele retornará à sociedade carregando o estigma do abandono, sem ter tratado as causas que ensejaram a deflagração do ato criminoso, (c) viola a comunidade sofreu o trauma da conduta ilícita, e que, eventualmente, pode ter falhado em seu papel histórico de acolhimento em relação as vítimas e com os ofensores, (d) não atua nas causas econômicas, políticas ou sociais do delito, preferindo descontextualizar a ação, e olhar tão somente para as causas psicológicas. Observa-se, portanto, inúmeras violações de direitos individuais e sociais. A análise da ação delituosa excluída do contexto social no qual é praticada como se fosse um evento molecular, método inclusive utilizado pelo Processo Penal, mostra-se bastante conveniente ao sistema liberal, pois retira as pressões e a responsabilidade da comunidade nas causas do delito, mostrando que o que é disfuncional é tão somente a mente do ofensor, enquanto a sociedade está fazendo todo seu papel, em especial infligir a dor aquele que comete o ato ilícito, como bem tratou Gerland (*apud* Eliot, 2018, p. 182):

Em vez de reabilitação restituir o criminoso ao seu estado pré-criminal, a abordagem psicológica centrou a fonte do desvio no indivíduo, ao invés do contexto. Desde as suas primeiras incursões no mundo da transgressão, os psicólogos e psicanalistas mostraram a tendência de ver o transgressor criminal mais em termos de alguém que realmente não pode se controlar. Gerland postula que este movimento que faz do sujeito objeto tem uma longa e variada história de rotular, categorizar e classificar o ofensor criminal, incluindo categorias como degenerado, retardado, ébrio, imoral, ofensor contumaz, e mais recentemente psicopata. Todos esses rótulos presumem o poderoso efeito da norma da qual o indivíduo se desviou [...]. Essa imagem da maioria dos crimes como sendo essencialmente um evento molecular retira uma tremenda pressão do sistema social, já que muitos dos crimes que poderiam ser vistos como decorrentes da pobreza, do racismo, da destruturação familiar, da

anomalia geral advinda do capitalismo ou do socialismo burocrático agora são vistos meramente em termos individuais, extraídos do contexto;

A Política de Justiça restaurativa não se limita a uma mera recomendação das Nações Unidas, tampouco a um ato infra-legal do Conselho Nacional de Justiça, pois o espírito da filosofia da Justiça Restaurativa está impregnado no texto constitucional, que, por sua vez, deve ser orientar a interpretação sistemática das demais normas jurídicas. Assim, os círculos de construção de paz as mediações vítima-ofensores, técnicas mostram-se técnicas absolutamente saudáveis tanto para o estabelecimento da cultura de paz, quanto para a prevenção de delitos, devendo a sociedade, por meio das organizações civis, ser estimulada a promover programas de justiça restaurativa de base comunitária, sem prejuízo dos programas administrado pelo Poder Judiciário e Poder Executivo. Devemos, portanto, desatar o nó górdio da burocracia, que amarra nossa democracia e nos conduz ao estado das coisas inconstitucional, criando um novo modelo de política criminal baseada em mecanismos restaurativos, incorporado a Política Nacional de Justiça Restaurativa a nosso sistema jurídico, garantindo, assim, o acesso à justiça, a cidadania, a democracia, e a construção de uma sociedade mais saudável. É uma oportunidade que não deve ser perdida.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nosso sistema jurídico-social que, no que tange à política criminal, encontra-se disfuncional e patológico. Desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, vivemos em um movimento pendular de recrudescimento (Lei de crimes hediondos, Lei de Drogas, pacote anticrime) ou de abrandamento (lei dos juizados especial, criação de institutos como transação penal, suspensão condicional do processo e acordo de não persecução penal), sem no entanto, alterar a lógica adversarial e retributiva de nosso sistema penal. O atual estado das coisas do sistema penitenciário nacional, declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, mostra que a *práxis* Congresso Nacional, autoridade policial e do Poder Judiciário vem causando, como resultado final, inúmeras violações de direitos humanos e de garantias fundamentais capitaneadas pelo estado, que geram não só altos custos aos contribuintes, como nefastas consequências sociais, como a reincidência, a desmoralização da justiça e a descrença no sistema. Enquanto críticos e estudiosos do

sistema jurídico e social, não podemos admitir que essa aberração permaneça e se perpetue. A proposta da ONU de recomendar a aplicação de práticas restaurativa, como programa integrante da agenda 2030, nos sistemas jurídicos de inúmeros países signatários – dentre eles o Brasil - permite lançar um olhar ao sistema punitivo estatal sob lentes restaurativas, buscando atender as necessidades de vítimas e ofensores, curar os traumas e a vergonha causadas pelo delito, restabelecer os laços sociais e criar comunidades mais saudáveis com base no acolhimento, empoderamento da comunidade na resolução dos conflitos, garantindo a igualdade, a cidadania, e fortalecendo a democracia da soberania popular. Trata-se, portanto, de uma importante alteração jurídica que pode causar impactos positivos no sistema jurídico-social. Restou claro que a filosofia restaurativa está em consonância com os valores e as normas constitucionais, em especial a construção de uma sociedade fraterna, justa e harmônica, que busca a solução pacífica das controvérsias. Para tanto, é indispensável a conscientização da comunidade por meio do sistema escolar e Universitário, instalando programas restaurativos de base comunitária que disseminem a cultura de paz, sem prejuízo da instalação da Política Nacional de Justiça Restaurativa nos tribunais que, aliás, já se encontra em andamento. Para lograr o êxito na construção de sociedades democrática, justa e humanizadora, é necessário reconhecer o quanto o poder invisível exercido pela burocracia – poder gigante exercido por pigmeus - limita as liberdades individuais e o pleno exercício da soberania popular, que se encontra desmobilizada na pós-modernidade. É preciso reconhecer que o excesso de racionalização pode causar resultados irracionais, como a que vivenciamos no sistema jurídico-penal, e como a mobilização social pode contribuir para a construção de uma sociedade mais livre, justa e solidária, por meio da humanização, inclusão, solidariedade e afetos, não por meio da institucionalização e burocratização.

A construção e uma consolidação de uma sociedade democrática e saudável é uma verdadeira jornada, que depende da organização, mobilização e engajamento do estado e da sociedade civil. Como diz Braithwaite (*apud* Eliot, 2018, p.264), *não nascemos democráticos, nascemos exigentes, desrespeitosos, berrando e chorando, ao invés de nascemos ouvindo*. Mas como podemos aprender a ser cidadãos democráticos, engajados e participativos, se a democracia não possui estratégias para nos ensinar a sê-lo? Precisamos de um sistema de ensino voltado para a ensinar os valores presentes em nossa Constituição, que possa ser útil à construção da cultura da paz, com base na comunicação

não violenta – CNV e criação de programas restaurativos de base comunitária, que serão oportunamente abordados por este pesquisador. Kay Prannis (2010), grande idealizadora dos círculos de construção de paz, sugere que se reconhecemos que somos todos profundamente interconectados uns aos outros e com o planeta terra, que nos sustenta, isso mudará radicalmente a forma pela qual interagimos uns com os outros. Ao compreendermos esse conceito, então não haverá exclusão, separação, nada para jogar fora, seja uma pessoa que nos ofende, seja um copo de plástico. O universo não possui lata de lixo, razão pela qual não podemos descartar seres humanos pelo simples fato de cometerem atos delituosos, muito menos quando não nos importamos com as causas de seus atos. Reintegrá-los à sociedade é, sobretudo uma questão ética, e nosso atual sistema é cínico em fingir que está enfrentando o problema de forma séria.

Conhecemos acerca das críticas que pairam sobre a JR, em especial que ela não é realista, e sofre excesso de idealismos. Apesar das pesquisas sobre JR demonstrarem que a restauração é muito mais eficaz que o sistema retributivo – em especial considerando o atual estado das coisas no Brasil –, a adoção de práticas restaurativas, democráticas e inclusivas seria o caminho correto ainda que fossem menos eficazes, pelo simples fato de ser uma abordagem mais humana e ética. Parafraseando Vera Regina Pereira Andrade (2017), o Judiciário tem tido e continuará tendo um papel histórico fundamental para a transformação democrática da justiça no Brasil, e, ao conduzir a Política Nacional de Justiça Restaurativa, mostra que caminho restaurativo é uma ornada irreversível, uma vez que já foi adotado por pessoas integrantes das instituições também das comunidades. A Justiça restaurativa é um paradigma, uma filosofia e uma abordagem que nos ajuda a caminhar por uma via menos violenta enquanto indivíduos e como comunidade. Baseia-se na crença de que devemos agir não porque pensamos que temos sucesso em alcançar o objetivo, mas simplesmente porque o objetivo é correto. Devemos fazer o correto para marcar a nossa posição no mundo e fazer a nossa parte, independente de recompensas. E reintegrar seres humanos, salvando-os de uma trajetória criminosa é, sim, uma questão ética, pois não é possível mensurar o valor de uma vida humana e da construção da harmonia social.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira. **PELAS MÃOS DA CRIMINOLOGIA: o controle penal para além da (des)ilusão**. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

_____. **SISTEMA PENAL MÁXIMO E CIDADANIA MÍNIMA: códigos da violência na era da globalização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. **PILOTANDO A JUSTIÇA RESTAURATIVA: o papel do poder judiciário**. Conselho Nacional de Justiça - CNJ. Brasília – DF, 2017. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/eventos-campanhas/evento/448-seminario-justica-pesquisa-2017>. Acessado em 12.02.22.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos, 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 1999.

BAUMAN, Z. *Modernidade e holocausto*. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: J. Zahar, 1998.

BELLO, Enzo; **BERCOVICI**, Gilberto; **LIMA**, Martonio Mont'Alverne Barreto. O Fim das Ilusões Constitucionais de 1988. *Revista Direito e Praxis*. Rio de Janeiro, 2019, vol. 10, n. 3, jun/set. 2019, p. 1769-1811.

CANOTILHO, JJ. **GOMES**. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Livraria Alamedina, 2003.

ELLIOT, Elizabeth M. *Segurança e Cuidado. Justiça Restaurativa e sociedades saudáveis*. São Paulo: Palas Athena, 2018.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*. Trad. Ana Paulo Zomer e outros. São Paulo: Revista dos tribunais, 2002.

GIDDENS, A. Sociologia. 6. ed. Porto Alegre: Penso, 2012.

KELNER, Lenice. A inconstitucionalidade das penas cruéis e infamantes: da voz da criminologia crítica à voz dos encarcerados. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2018.

LASALLE, Ferdinand. O que é constituição? Leme: Edijur, 2012.

LUHMANN, N. Introducción a la teoria de sistemas. México D.F, Universidad Iberoamericana, 1986

KAFKA, Franz. O Processo. Porto Alegre: L&P, 2015.

MELO, Milena Petters. Constitucionalismo e Democracia plural na América Latina. In: **MELEU**, M; **LIXA**, I.F.M; **DIAS**, F. A. [Orgs]. Constitucionalismo, Democracia e Direitos Fundamentais. V. 2. Tomo I. Blumenau: LAWeducare, 2021, p. 85-98

MERTON, R. K. Sociologia — teoria e estrutura. São Paulo: Mestre Jou, 1968

MORIN, Edgar. Introdução ao pensamento complexo. Lisboa: Instituto Piaget, 1990.

PRANIS, Kay. Processos Circulares. São Paulo. Palas Athena, 2010.

ROXIN, Claus. Sentido e limites da pena estatal, in “Problemas fundamentais de Direito Penal”, trad. Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz, Lisboa: Veja, 1998

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011

WEBER, Max. **CIÊNCIA E POLÍTICA**: duas vocações. São Paulo: Cultrix, 1967

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