

**A**

# justiça restaurativa como

concretização do garantismo positivo.

Um estudo panorâmico

**Iliana Martins Luz**

Mestranda em Direito Público, na linha Constituição, Estado e Direitos Fundamentais, grupo “Repensando o Direito Penal contemporâneo” pela Universidade Federal da Bahia. Pós-graduanda em Direito Penal Econômico pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) e pelo Instituto de Direito Penal Econômico Europeu (IDPEE). Pesquisadora em Justiça Restaurativa pela Universidade Federal da Bahia, sob orientação da professora Doutora Selma Pereira de Santana. Graduada em Direito pela Universidade Federal da Bahia, advogada criminalista.

*“O importante não é apenas o que acontece, mas também o modo como se chega à decisão. A justiça precisa ser vivida, e não simplesmente realizada por outros e notificada a nós. Quando alguém simplesmente nos informa que foi feita justiça e que agora a vítima irá pra casa e o ofensor para a cadeia, isto não dá a sensação de justiça. Não é suficiente que haja justiça, é preciso vivenciar a justiça.”<sup>1</sup>*

**RESUMO:** O presente trabalho é uma abordagem sobre o novo paradigma de resolução dos conflitos penais, a Justiça Restaurativa, enquanto meio de concretização de um garantismo penal positivo. Trata-se de estudo que visa a legitimar a aplicação de práticas restaurativas, que necessitam ser formuladas com vistas a diminuir a repressão penal. Para o desenvolvimento da temática, abordaram-se os temas relativos ao paradigma punitivo, ao nascimento do paradigma restaurador, aos direitos fundamentais e sua evolução e ao sistema penal integrado, que resguarda tanto direitos de primeira como de segunda geração. Ao final, apresentou-se a resposta ao problema posto, no sentido de que o paradigma restaurador concretiza os direitos de primeira e segunda geração, ao passo que realiza uma intervenção positiva no fenômeno delitivo, livrando o infrator do destino de uma pena afliativa e reparando o prejuízo sofrido pela vítima do crime.

**PALAVRAS-CHAVES:** Justiça restaurativa. Direitos fundamentais. Dimensões de direitos fundamentais. Garantismo positivo.

---

<sup>1</sup> ZEHR, Howard. Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça. Justiça Restaurativa. São Paulo: Palas Athena, 2008. p. 192

**ABSTRACT:** This work is an approach to the new paradigm of criminal conflict resolution, restorative justice as a means of achieving a positive criminal guaranteed. It was a study that seeks to legitimize the use of restorative practices, which need to be formulated to diminish the criminal prosecution. For the development of the theme, addressed are the issues related to punitive paradigm, the birth of the restorative paradigm, fundamental rights and their evolution, and the integrated criminal justice system that protects the rights of first and second generation. In the end, had to answer to the problem posed in the sense that the paradigm of restorative realize the rights of first and second generation, while performing a positive intervention in the criminal phenomenon, relieving the offender of the dreadful fate of a pen and repairing the injury suffered by the victim of crime.

**KEYWORDS:** Restorative justice. Fundamental rights. Generation of fundamental rights. Positive criminal guaranteed.

**SUMARIO:** 1. Considerações introdutórias – 2. Do paradigma punitivo ao paradigma restaurador: a mudança da racionalidade penal moderna – 2.1. O paradigma punitivo e a sua justificação: racionalidade penal moderna – 2.2. A justiça restaurativa: conceito, características e fundamentos – 2.3. A mudança da racionalidade penal. Da racionalidade que obriga à punição àquela que faculta a punição – 3. A evolução dos direitos fundamentais. Berço do ideal de garantismo penal positivo – 3.1. Direitos fundamentais: conceito formal e material e dimensões de direitos fundamentais – 4. A justiça restaurativa e a concretização do garantismo positivo – 5. Considerações Finais – 6. Referências

## 1. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

O presente trabalho objetiva demonstrar que a Justiça Restaurativa, novo paradigma de resolução dos conflitos penais, concretiza um modelo de direito penal positivamente garantista, que respeita, a um só tempo, os anseios das vítimas do delito e as garantias dos infratores aos bens jurídicos resguardados pelo ordenamento.

A justificativa para a escolha do tema reside nas críticas mais comumente ofertadas à Justiça Restaurativa, no sentido de que esse novo modelo de gestão dos conflitos penais atinge algumas das garantias substanciais e processuais do acusado, a exemplo da culpabilidade, porquanto, alega-se, não estaria preocupado com a busca da verdade processual, e sim com o retorno à justiça de cunho privatista. O objetivo do estudo é demonstrar que o novo paradigma de gestão dos conflitos, ao revés, representa um modelo integrado de ciências penais, que prega a proporcionalidade entre a proteção dos bens jurídicos e o direito de liberdade do cidadão.

O intuito, neste ensaio, não é uma abordagem completa da questão, até mesmo por conta dos limites desta publicação. Para o desenvolvimento dessa problemática, faz-se necessário, preliminarmente, apresentar breves comentários sobre o surgimento da Justiça Restaurativa, intrinsecamente conectado à crise do paradigma anterior, punitivo. Em um segundo momento, apresentar-se-á o conceito e as características do novo paradigma de gestão do conflito penal.

Fixadas as premissas da Justiça Restaurativa, far-se-á uma breve digressão sobre o conceito e o surgimento dos direitos fundamentais e sobre a evolução desses direitos, consubstanciada nas dimensões apontadas pela doutrina constitucionalista. Nesse ponto, será imprescindível uma abordagem mais aprofundada sobre o direito geral de liberdade e o direito à proteção, na perspectiva esboçada por Alexy.

Por fim, tratar-se-á da real questão posta neste trabalho, demonstrando por que e como a Justiça Restaurativa se coaduna com essa perspectiva de proteção positiva garantística atribuída ao Direito Penal.

## **2. DO PARADIGMA PUNITIVO AO PARADIGMA RESTAURADOR: A MUDANÇA DA RACIONALIDADE PENAL MODERNA**

### **2.1 O paradigma punitivo e a sua justificação: racionalidade penal moderna**

Antes de cuidar das características do paradigma restaurador e da revolução que ele propõe na resolução do crime, impende tecer alguns comentários acerca do paradigma punitivo e da racionalidade penal na qual se funda o paradigma.

Nesse sentido, o paradigma punitivo de resposta ao delito é aquele no qual a única resposta fornecida ao crime é a resposta verticalizada, aflitiva e punitiva. Nesse modelo de solução, qualquer finalidade que se confira ao Direito Penal será sempre almejada por meio da punição. Pode-se destacar, enquanto paradigma punitivo, dois modelos tradicionais de resposta ao delito – o modelo dissuasório e o modelo preventivo.

O modelo dissuasório ou punitivo-retributivo de resposta ao delito é aquele que vem sedimentado na ideia precípua de retribuição, punição e castigo.

No modelo dissuasório clássico, o intuito é retribuir a ofensa praticada pelo sujeito, por meio da imposição de um castigo. A finalidade do sistema penal – e, portanto, o elemento que justificaria todo o aparato intrínseco a esse sistema – seria a busca pela punição daquele que se desviou das normas de conduta socialmente estabelecidas.

Depreende-se, pois, que, se o modelo dissuasório visa, majoritariamente, ao castigo, qualquer outra finalidade que se queira extrair do sistema penal – a respeito da reparação da vítima, ou da pacificação social – é considerada meramente acessória, e não deve nortear o funcionamento desse sistema.

O modelo ressocializador, por seu turno, é aquele no qual a preocupação do sistema penal estaria, em princípio, voltada para a melhora da pessoa do delinquente. Consoante bem destacou Garcia-Pablos, é um paradigma que “reclama uma intervenção positiva no condenado, que facilite o seu retorno digno à comunidade, isto é, sua plena reintegração social”<sup>2</sup>.

A finalidade, então, afirmam os favoráveis a essa ideia, não seria a mera execução do castigo, e sim a incorporação de ideais de prevenção especial positiva, de sorte a orientar a execução do castigo, para que este possa atingir uma utilidade para a pessoa do delinquente<sup>3</sup>.

Ao nosso juízo, apesar da contradição que possa ser verificada aprioristicamente, ambos os modelos podem ser enquadrados enquanto paradigma punitivo de resposta ao delito. Isso porque, malgrado os dois sistemas mencionados busquem finalidades aparentemente distintas entre si, ambos incorrem no mesmo erro, que é a utilização exclusiva da punição como meio de alcançar os objetivos. De fato, ainda que o sistema ressocializador intente “melhorar” o delinquente, por meio da questionável “terapia social” com fins humanitários, ele não busca enfrentar a raiz problemática da justiça penal, que é a visão da pena como a solução para todos os males, como a única forma “capaz de colocar ordem na desordem, afastar o caos e a ambivalência, para fazer prevalecer a razão”<sup>4 5</sup>.

---

<sup>2</sup> GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos; introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95, Lei dos Juizados Especiais Criminais*. 5 ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 369.

<sup>3</sup> *Ibidem*. p. 369.

Dessa maneira, por focarem em uma resposta unívoca, que a realidade demonstra fracassada, é que ambos os sistemas podem ser incluídos dentro do paradigma punitivo.

Fincada essa premissa, cumpre neste momento cuidar das razões fundantes do paradigma punitivo, que podem ser identificadas na racionalidade penal moderna. Com efeito, a racionalidade penal moderna, de acordo com Álvaro Pires<sup>6</sup>, consiste em uma maneira particular de conceber a Justiça Penal, que começou a ser construída a partir do século XVIII – o que justifica a utilização do adjetivo moderna. A racionalidade moderna consubstancia um sistema único de regras jurídicas, constituídas com finalidades e valores próprios, que fazem do Direito Penal um subsistema peculiar dentro do direito<sup>7</sup>.

Tem-se, dessa forma, que a referida racionalidade penal moderna assume a função de construir todo um arcabouço dogmático, que faz do Direito Penal um subsistema apartado, com características unívocas e particulares no interior do Direito.

Estabelecido o conceito inicial de racionalidade penal moderna, convém tratar dos fundamentos dessa racionalidade. Sob tal perspectiva, saliente-se que o subsistema criado pela racionalidade penal construiu uma “estrutura

---

<sup>4</sup> SALIBA, Marcelo Gonçalves. *Justiça Restaurativa e Paradigma Punitivo*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 41.

<sup>5</sup> Consoante bem destacado por Leonardo Sica, “Desde o último século, a partir das teorias da pena, a idéia de prevenção penetrou os dois primeiros modelos, incorporando definitivamente o segundo (prevenção especial) e estabelecendo, então, um modelo preventivo, cuja principal intenção teórica seria erradicar o retributivismo, reservando-o, no máximo, à função de delimitar a punição em parâmetros proporcionais à culpa do infrator. Porém, como esse suposto modelo preventivo continuou operando sobre mecanismos e práticas eminentemente punitivas, parece mais adequado classificá-lo como preventivo-punitivo (por mais paradoxal que pareça a construção, o fato é que esse termo é revelador e adequado, pois o discurso dos operadores do sistema é voltado para a prevenção, mas a prática resume-se ao exercício do poder punitivo)”. (Grifos acrescidos) SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal. O novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime*. p. 37.

<sup>6</sup> PIRES, Álvaro. *A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos*. *Novos Estudos CEBRAP*, nº 68. São Paulo: CEBRAP, 2004. pp. 39-60.

<sup>7</sup> *Op. cit.* p. 40.

normativa telescópica”<sup>8</sup>, na qual se vislumbra a existência de normas de comportamento (preceito primário) conectadas, inexoravelmente, às normas de sanção (preceito secundário), de maneira que ambas formam um todo inseparável.

Em outros termos, o que se observa é que, para a racionalidade penal moderna, a violação a uma norma de comportamento deve, sempre, ser seguida da aplicação de uma norma de sanção, consubstanciada em uma pena afliativa. Disso resulta a conclusão de que as normas de comportamento e de sanção representarão um todo unitário, sem que uma possa prescindir da outra: havendo crime, haverá pena – e não outra resposta.

A unificação das normas de comportamento e das normas de sanção, em uma estrutura única e indispensável, ocasiona, consoante explanou Pires, alguns inconvenientes. Preliminarmente, observa-se que a natureza do crime será vislumbrada somente quando for possível identificar a presença de uma pena; se esta não existir, o ilícito perpetrado possuirá natureza diversa da penal<sup>9</sup>.

O outro inconveniente, que decorre do anterior, consiste no fato de que tanto as normas de conduta como as normas sanção deverão, sempre, ser aplicadas ao caso. Por certo, se ambas representam um todo indivisível, conclui-se que ambas devem incidir no caso concreto, de maneira que, quando houver uma violação da norma de comportamento, o Estado estará obrigado a aplicar uma sanção penal. Há, portanto, a necessidade de sanção punitiva. Nas palavras de Pires:

A racionalidade penal moderna fundamenta a punição como uma obrigação ou necessidade. [...]. No período pré-clássico, os saberes sobre a pena fundamentavam o direito de punir no sentido pleno da expressão: as penas afliativas eram concebidas simplesmente como autorizadas, constituindo uma espécie de prerrogativa do

---

<sup>8</sup> Idem, *ibidem*. p. 41.

<sup>9</sup> Nas palavras de Pires: “No plano da reflexão teórica, tanto o saber jurídico como as ciências sociais definirão o crime (e até mesmo o sistema penal) pela presença exclusiva da pena (afliativa), o que implicará uma compreensão simultânea das normas de comportamento e de sanção: uma não pode ser pensada sem a outra”. PIRES, Álvaro. *Op. cit.* p. 42.

Príncipe ou do Poder Judiciário, de modo que a Justiça dispunha de autorização para punir mas também para não punir, buscando alternativas à penalidade. No quadro da racionalidade penal moderna passa-se de uma cultura da autorização para punir ilimitadamente a uma cultura da obrigação de punir limitadamente<sup>10</sup>.

Demais disso, além da assertiva anteriormente disposta, tem-se que a obrigação de o Estado aplicar uma sanção penal consubstancia a exigência de que “entre o crime e a sanção deve haver uma identidade de natureza”<sup>11</sup>, de maneira que, se o crime é um mal, a pena deve ser, igualmente, um outro mal, tendente a anular o primeiro. A estrutura de punição é, portanto, sempre negativa.

Verifica-se, da união entre as normas de conduta e as normas de sanção, que o Direito Penal começa a ser estruturado, unicamente, com a presença de penas aflictivas – de preferência, privativas de liberdade –, fator esse que impede, obstaculiza a construção de novas respostas do Direito Penal, distintas da pena – como, por exemplo, a reparação, propugnada pela Justiça Restaurativa.

Cria-se, outrossim, o mito de que a pena é a melhor forma de assegurar a observância das normas de comportamento, o que faz do saber penal uma ciência voltada para o punitivismo, “em que o procedimento penal hostil, autoritário e acompanhado de sanções aflictivas é considerado o melhor meio de defesa contra o crime”<sup>12</sup>. É por isso que, consoante assinalado, tanto o modelo dissuasório quanto o modelo preventivo podem ser enquadrados dentro do paradigma punitivo, uma vez que, nessas duas situações, é perceptível a utilização da pena como resposta – seja a pena como um fim em si mesma, ou seja, com o fim de castigar, seja a pena com o fim de “inocuar” ou “curar” o infrator.

Por via de consequência observa-se que a racionalidade penal moderna constitui uma cláusula de barreira, porquanto contribui para “naturalizar a

---

<sup>10</sup> *Op. cit.* p 44.

<sup>11</sup> *Ibidem.* p. 42.

<sup>12</sup> PIRES, Álvaro. *Op. cit.* p 43.

estrutura normativa inicialmente eleita pelo sistema penal<sup>13</sup>, de sorte que qualquer modificação que se almeje realizar será, de pronto, afastada pela lógica racional penal atual.

Em vista do exposto, partindo-se da concepção construída pela racionalidade penal moderna – unicidade das normas de comportamento e de sanção, com obrigatoriedade de aplicação de ambas, aflitivamente –, é imprescindível a existência de um sistema de freios à necessidade punitiva.

Não é necessário muito esforço intelectual para constatar que o atual paradigma punitivo, e a racionalidade que o fundamenta, encontram-se em crise, ocasionada, especialmente, pela ausência de legitimação do modelo.

Sem adentrar muito na problemática da crise do paradigma punitivo, que não é o objetivo precípua deste estudo, impende assinalar que o atual modelo preponderante de gestão do crime não se sustenta mais, por causa de três fatores principais: a crise da razão essencialmente punitiva, a falência da ideologia do tratamento e o esquecimento da vítima<sup>14</sup>.

Todos esses fatores preponderantes, acima listados, contribuem para a crise, que ocasionou o esgotamento do sistema criminal com o funcionamento de hoje, que clama por uma mudança urgente.

## 2.2 A justiça restaurativa: conceito, características e fundamentos

Consoante assinalamos no tópico anterior, o modelo atual de resolução dos conflitos penais concebe o crime como uma ofensa ao Estado soberano, focando sua preocupação na pessoa do delinquente e na sanção que o Estado deve lhe aplicar. Ficam relegados a segundo plano (quando muito) os inte-

---

<sup>13</sup> PIRES, Álvaro. *Op. cit.* p. 40.

<sup>14</sup> Com relação ao esquecimento da vítima, impende assinalar que a noção objetivada de bem jurídico contribui para a negligência ao ofendido pelo crime. Nesse sentido, é impossível não concordar com Selma Pereira de Santana, quando aduz que "com a noção de 'bem jurídico', surgiu uma objetivação da figura da vítima. Deixou-a de ser o sujeito sobre o qual recairia a ação delitativa, que sofreria a conduta delituosa, passando a ser o sujeito portador de um valor, o bem jurídico, exatamente o que, realmente, vem a ser lesado". SANTANA, Selma Pereira de. O "redescobrimto" da vítima: Uma esperança. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 12, nº 142, p. 4-5, Setembro de 2004.



resses da vítima e da sociedade ofendidas pela conduta delitiva. Consoante nos ensina Howard Zehr<sup>15</sup>, no paradigma retributivo, o crime é uma violação à lei, e, dessa sorte, a meta para se alcançar a justiça, dentro desse modelo, é a descoberta do infrator, para que possa ser estabelecida a culpabilidade e um castigo justo, que inflija dor no condenado.

Verificamos, ainda, que o paradigma punitivo atual, fundado na racionalidade penal moderna de Beccaria, traz uma conexão lógica entre o preceito primário incriminador da norma e o preceito secundário, sancionador desta. Em outros termos, quando houver a demonstração da ocorrência de uma violação ao preceito primário – e não estejam presentes causas de exclusão da tipicidade, de ilicitude do fato, da culpabilidade ou da punibilidade do agente<sup>16</sup> – o Estado deve aplicar uma pena ao transgressor.

Justiça Restaurativa, em uma primeira aproximação, pode ser explicitada como um novo paradigma de resolução dos conflitos penais, fundado, em linhas gerais, na inclusão da vítima, do ofensor e, quando apropriado, da comunidade, em um processo de diálogo conciliatório, que busca outra resposta para o crime, distinta da comumente oferecida pelo sistema retributivista.

Na Justiça Restaurativa, o foco é distinto. Verificamos, aqui, uma alteração do que Howard<sup>17</sup> chama de “lentes”, aquelas que utilizamos para enxergar o mundo a nossa volta. Sob esse viés, o modelo restaurativo pretende alterar os pressupostos sobre o crime e a justiça, com vistas a solucionar alguns problemas que não foram satisfatoriamente respondidos no modelo punitivo.

Estabelecidos esses critérios, cumpre asseverar que o primeiro passo para entender o conceito de Justiça Restaurativa é a redefinição do conceito de crime, o qual, no sistema restaurativo, assume uma nova conotação. No modelo punitivista de hoje, o delito sempre foi considerado uma transgressão a um preceito legal (tipo penal) estatuído por uma norma; para a Justiça

---

<sup>15</sup> ZEHR, Howard. Trocando as lentes. Um novo foco sobre o crime e a Justiça. Justiça Restaurativa. São Paulo: Palas Athena, 2008. p. 78.

<sup>16</sup> Importa aqui sinalizarmos, neste ponto, que estamos de acordo com a teoria quadripartida do crime, que o define enquanto fato típico, antijurídico, culpável e punível. A ausência dos requisitos de quaisquer dessas categorias exclui, portanto, o conceito de crime.

<sup>17</sup> *Op. cit.* pp. 167 e 168.

Restaurativa, o delito assume uma dúplici conotação para ser, além de uma conduta contrária à norma penal, um ato que afeta pessoas, causando danos e estremecendo relacionamentos.

Essa nova compreensão do fenômeno delitivo é essencial para que se possa compreender a mudança proposta pelo paradigma restaurador. É o conceito de crime, enquanto lesão pessoal, o ponto de partida de todos os demais elementos restaurativos. Como decorrência da redefinição do conceito de crime, com vistas a considerá-lo como uma violência a pessoas, tem-se que a filosofia central desse novo modelo, consoante aduziu Sérgio Ramirez, são os três “R”:

Responsibility, Restoration and Reintegrations (responsabilidad, restauración y reintegración). Responsabilidad del autor, desde que cada uno debe responder por las conductas que asume libremente; restauración de la víctima, que debe ser reparada, y de este modo salir de su posición de víctima; reintegración del infractor, restableciéndose los vínculos con la sociedad a la que también se há dañado con el ilícito<sup>18</sup>.

Os três “R” destacados por Ramirez são bem elucidativos. A restauração é baseada na ideia de minorar ou curar as consequências advindas com o delito. Dessa forma, se o crime é mais do que uma violação legal, é um ato que ocasiona problemas concretos, conclui-se que o foco da justiça não é mais a violação à lei e às regras do Estado, ou a punição do infrator; o foco da justiça, aqui, no novo paradigma, é a melhoria dos efeitos negativos do delito. Partimos, então, do suposto de que a concentração excessiva nas regras processuais, na ofensa à norma, e na busca pelo culpado, desperdiça a energia que deveria ser dirigida para reparar o dano à vítima e à coletividade<sup>19</sup>.

---

<sup>18</sup> “Responsabilidade, restauração e reintegração (responsabilidad, restauración e reintegración). Responsabilidad do autor, porquanto cada um deve responder pelas condutas que assume livremente; restauração da vítima, que deve ser reparada, e deste modo sair de sua posição de vítima; reintegração do infrator, restabelecendo-se os vínculos com a sociedade que também se prejudicou com o delito”. (Tradução Livre). *Apud* SALIBA, Marcelo Gonçalves. *Justiça Restaurativa e Paradigma Punitivo*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 145.

<sup>19</sup> “Quando um mal é cometido, a questão central não deveria ser ‘o que devemos fazer ao ofensor?’, ou ‘o que o ofensor merece?’, mas sim ‘O que podemos fazer para corrigir a situação?’. Em vez de definir a justiça como retribuição, nós a definiremos como restaura-

Assim sendo, havendo uma lesão causada pelo delito, o objetivo precípua de um sistema de gestão de crime deveria ser a restauração dos efeitos dessa lesão. Essa é a distinção básica entre a “velha” (paradigma punitivo) e a “nova” resposta (paradigma restaurador): enquanto a justiça retributiva visa à punição e ao estabelecimento de culpa como forma de justiça, o modelo restaurador objetiva recuperar os interesses da vítima, em uma visão prospectiva<sup>20</sup>.

Estabelecida a premissa de que um dos focos da Justiça, nesse modelo restaurativo, é a reparação do dano causado, cumpre assinalarmos o modo pelo qual deverá ser realizada essa restituição. O primeiro passo para vislumbrarmos a reparação do prejuízo é a avaliação das necessidades da vítima. E, decerto, para que possa haver uma avaliação dos interesses do ofendido, é imprescindível a participação deste no processo.

Cumprido salientar, outrossim, que o processo de reparação de danos não pode – nem deve – se restringir ao âmbito material-financeiro. Não há como olvidarmos que muitos delitos ocasionam enormes prejuízos materiais para as vítimas, e devem ser reparados; não obstante, a reparação a que a Justiça Restaurativa faz menção vai além da meramente financeira, para abarcar uma dimensão simbólica e psicológica, como, por exemplo, a prática de

---

ção. Se o crime é um ato lesivo, a justiça significará reparar a lesão e promover a cura. Ato de restauração – ao invés de mais violação – deveriam contrabalançar o dano advindo do crime. É impossível garantir a recuperação total, evidentemente, mas a verdadeira justiça teria como objetivo oferecer um contexto no qual este processo pode começar.” ZERH, Howard. *Op. cit.* pp. 175-176.

<sup>20</sup> Esse entendimento também se coaduna com o exposto pela rede europeia de pontos de contato nacionais para a Justiça Restaurativa: “Artigo 2.º Definição e formas de justiça restaurativa: Para efeitos da presente decisão, o termo ‘justiça restaurativa’ refere-se a uma visão global do processo de justiça penal em que as necessidades da vítima assumem a prioridade e a responsabilidade do infractor é realçada de uma maneira positiva. A justiça restaurativa denota uma abordagem lata em que a reparação material e imaterial da relação confundida entre a vítima, a comunidade e o refractor constitui um princípio orientador geral no processo de justiça penal. O conceito de justiça restaurativa abrange um conjunto de idéias que é relevante para diversas formas de sancionamento e de tratamento de conflitos nas várias fases do processo penal ou com ele relacionados. Embora até à data a justiça restaurativa tenha encontrado expressão principalmente em diversas formas de mediação entre as vítimas e os infractores (mediação vítima-infractor), estão cada vez mais a ser aplicados outros métodos, como, por exemplo, o debate em família. Os governos, a polícia, os órgãos de justiça criminal, as autoridades especializadas, os serviços de apoio e assistência à vítima, os serviços de apoio ao infractor, os investigadores e o público estão todos implicados neste processo”. Disponível em: <[http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/committees/libe/20030217/10575\\_02pt.pdf](http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/committees/libe/20030217/10575_02pt.pdf)>. Acessado em: 15 ago. 2009.

atividades do ofensor em favor da vítima ou da comunidade ou uma petição de desculpas<sup>21</sup>.

Estabelecida a meta da restauração, insta assinalarmos que o paradigma restaurador propõe, ainda, a responsabilização do ofensor. Essa característica é importante, e deve ser mencionada, para demonstrar que a adoção de práticas restaurativas não significa impunidade, tampouco leniência com o infrator. Com efeito, a Justiça Restaurativa não deixa de conceber que o crime gera obrigações para o ofensor, que deve ser responsabilizado, e deve, na medida do possível, reparar o dano causado a sua vítima.

Inclusive, a nova concepção do crime, aqui já salientada, auxilia na compreensão das obrigações do ofensor com relação a sua vítima. Com efeito, no paradigma punitivo, o infrator acredita que seu único interlocutor é o Estado, esquecendo-se, por completo, da sua vítima. Ao deparar-se com o ofendido, no processo restaurativo, nasce a concepção de que o Estado é meramente secundário e de que as responsabilidades do ofensor são voltadas para a sua vítima concreta. O infrator, então, nessa nova perspectiva, deixa de ver sua conduta como uma mera abstração formal (tipo penal), para perceber que o seu ato trouxe lesões a uma pessoa concreta. A partir dessa nova visão, ele pode, portanto, “compreender e reconhecer o dano e agir para corrigir a situação”<sup>22</sup>.

A responsabilidade, no contexto restaurador, difere substancialmente daquela que ocorreria dentro de um paradigma de natureza punitiva, porquanto, nesse caso, a responsabilização se perpetraria por meio da punição do infrator, ou, consoante explanou Howard Zehr, por meio do rebaixamento do “ofensor ao nível onde foi parar a vítima”, uma “tentativa de vencer o malfeitor anulando sua alegação de superioridade”<sup>23</sup>. Essa dor infligida ao condenado, contudo, não produzirá qualquer bem à vítima, tampouco recuperará o seu prejuízo<sup>24</sup>. E, além de não trazer consequências positivas ao ofensor e ao ofendido, não produz, decerto, justiça<sup>25</sup>.

---

<sup>21</sup> PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. *Justiça Restaurativa: da teoria à prática*. São Paulo: IBCCRIM, 2009, p. 89.

<sup>22</sup> ZEHR, Howard. *Op. cit.* p. 189.

<sup>23</sup> *Op. cit.* p. 182.

<sup>24</sup> Nesse sentido, ver ROLIM, Marcos. *A Síndrome da Rainha Vermelha: policiamento e segurança pública no século XXI*. Zahar, Rio de Janeiro, 2006. p. 246.

<sup>25</sup> Consoante bem aduziu Marcos Rolim: “Em alguns casos, especialmente em crimes graves praticados com violência, o sofrimento do infrator pode oferecer algum tipo de ‘conforto’

No caso do modelo de gestão do crime ora em comento, o que se observa é que a responsabilização é realizada com base na tentativa de soerguer a vítima a sua posição anterior, sem que o agressor necessite ser rebaixado. As atenções são voltadas para amenizar o sofrimento e as perdas causadas à vítima. Temos, verdadeiramente, uma mudança radical de conceitos.

Por fim, cumpre mencionar a reintegração. Esse último critério diz respeito à tentativa de restabelecer os relacionamentos lesados com a ocorrência do delito. Com propriedade, é inteligível que o delito causa danos não só à vítima, mas também à comunidade e ao ofensor.

Causa prejuízos à comunidade, porque esta se vê desarmonizada, insegura e amedrontada com a ocorrência do crime; e, em outros termos, causa prejuízos também ao ofensor, que, em regra, necessita de apoio emocional para aprender a lidar com as consequências dos seus atos.

Por meio da reintegração, os envolvidos devem tentar, com ajuda de mediadores, uma reaproximação, com vistas a fortalecer os relacionamentos lesados. Afirme-se que o objetivo precípuo da reintegração é afastar ideias maniqueístas sobre o crime – tais quais as defendidas no sistema punitivo tradicional.

Por óbvio, como salientou Howard Zehr, essa reintegração pode não ser total, mas qualquer ponto entre a extrema hostilidade e um forte relacionamento já é um progresso em termos de reintegração social<sup>26</sup>. Para finalizar essa primeira etapa, cumpre transcrever as elucidativas palavras de Marcos Rolim, que bem sintetiza o assunto:

Para a Justiça Restaurativa o procedimento padrão das sentenças criminais contemporâneas impede que esse

---

à vítima. Nos EUA, por exemplo, familiares de pessoas que foram assassinadas possuem o direito de assistir à execução dos condenados à morte. Nesse ponto, o que devemos nos perguntar é se esse sentimento de conforto moral não é exatamente o mesmo que vingança e se, por decorrência, uma sociedade que permite que seus instrumentos de justiça sejam identificados com a vingança pode produzir, de alguma forma, Justiça. Na verdade, o que as punições produzidas pela Justiça Criminal permitem é que ambos, infrator e vítima, fiquem piores. A retribuição tende a legitimar a paixão pela vingança e, por isso, seu olhar está voltado, conceitualmente, para o passado. O que lhe importa é a culpa individual, não o que deve ser feito para enfrentar o que aconteceu e prevenir a repetição do que aconteceu” (grifos aditados). *Op. cit.* p. 247.

<sup>26</sup> *Op. cit.* p. 177.

infrator seja colocado em face das circunstâncias de dor e prejuízo produzidas por seu ato. No processo criminal moderno, ele jamais se obrigará a conhecer essa realidade. Tampouco será confrontado pelo desafio de fazer algo que permita diminuir a dor da vítima ou repor o prejuízo que ele próprio causou. Em um sistema retributivo, o que se espera do infrator é que ele suporte sua punição; para a Justiça Restaurativa o que importa é que ele procure restaurar ativamente a relação social quebrada. Para isso, os procedimentos restaurativos deverão considerar a situação vivida pelo infrator e os problemas que antecederam e agenciaram sua atitude. Assim, paralelamente aos esforços que o infrator terá que fazer para reparar seu erro, caberá à sociedade oferecer-lhe as condições adequadas para que ele possa superar seus mais sérios limites como, por exemplo, déficit educacional ou moral ou condições de pobreza ou abandono<sup>27</sup>.

Ultrapassada a questão tripartida da resposta restaurativa, qual seja, a busca pela restauração, responsabilização e reintegração, cumpre observar que, não só pela resposta, o novo modelo se distingue da velha. Por certo, não se pode olvidar que, além de oferecer uma solução distinta, o principal traço desse novo modelo restaurativo é a forma como essa nova resposta será construída.

Ao contrário do que se concebe no sistema retributivo – no qual a resposta é verticalizada, imposta pelo Estado-juiz ao delincente, sem qualquer participação da vítima e/ou da comunidade indiretamente<sup>28</sup> afetada pelo crime –, no novo modelo, a resposta tem de ser construída, mediante o diálogo entre as partes do conflito. Reapropriação do conflito para os seus verdadeiros

---

<sup>27</sup> *Op. cit.* p. 245.

<sup>28</sup> No que concerne aos delitos cujos bens jurídicos são supraindividuais, atingindo toda a sociedade, existe discussão na doutrina acerca da admissibilidade dos procedimentos de justiça restaurativa. Isso porque, uma vez que os mencionados delitos não possuem vítima certa, e ocasionam prejuízos à coletividade, não haveria, em tese, a possibilidade de realização de acordo, mediante ofendido e ofensor. Segundo nos parece, malgrado sejam necessárias adaptações do procedimento restaurativo nos mencionados delitos, não se pode excluir a possibilidade de implementação de programas de restauração, nesses casos, porquanto a reparação dos danos e minoração das consequências danosas, bem assim as alternativas ao cárcere, são soluções que beneficiam toda a sociedade. Trata-se, contudo, de assunto que não é pacífico e que extrapola os limites do presente estudo, de modo que se trouxe à baila apenas a título ilustrativo.

“donos”, sem, no entanto, significar um retorno à justiça privada vingadora, é, sem dúvidas, uma principal característica desse novo modelo.

Quando cuidamos do paradigma punitivo, destacamos a questão da marginalização da vítima e da sociedade no processo criminal. Isso porque, naquele modelo de gestão do crime, a vítima seria um expectador do processo, que atuaria neste apenas como uma simples informante, pouco importando suas reais aspirações e necessidades que nasceram com a prática delitiva. Em outros termos, a vítima era vista como coadjuvante de todo o processo, como um personagem que poderia, unicamente, assistir e observar outros decidirem o justo castigo do sujeito causador do “problema”.

No paradigma restaurador, a concepção é diametralmente oposta. A preocupação com a construção da resposta é fundamental, e demonstra a necessidade de empoderamento das partes do conflito. O ofensor, a vítima e a comunidade devem tentar, mediante um processo restaurativo, encontrar a melhor solução que o caso determine<sup>29</sup>.

Por conseguinte, diante de tudo que foi assinalado, é perceptível a revolução que o paradigma restaurativo propõe. Há que se afirmar, contudo, que o objetivo precípua do modelo restaurador não é a resolução de todos os problemas que advêm da criminalidade. Trata-se de uma nova visão, que procura solucionar os conflitos mais prementes, mais urgentes, que não foram sanados pelo “paradigma punitivo tradicional”<sup>30</sup>.

---

<sup>29</sup> Essa forma de resolução participativa da justiça penal foi assinalada pela ONU, como um dos princípios da justiça restaurativa: Os programas de justiça restaurativa baseiam-se na crença de que as partes do conflito precisam estar ativamente envolvidas na resolução e na mitigação das consequências negativas deste. São baseados, também, em alguns casos, na vontade de retornar à decisão local, construída pela comunidade. Esses princípios são também vistos como uma maneira de encorajar a pacificação do conflito, para promover a tolerância e inclusão, construindo respeito pela diversidade e promovendo práticas de responsabilização comunitária. (Tradução livre do autor) ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Handbook on restorative justice programs. Nova York, 2006. p. 05.

<sup>30</sup> Consoante bem salientou Leonardo Sica: “A justiça restaurativa não tem como objetivo principal reduzir a criminalidade, mas reduzir o impacto dos crimes sobre os cidadãos, sem quaisquer aspirações retributivas ou pseudo-preventivas. [...] o novo conceito é simples: as balanças da justiça não são mais vistas como uma ponderação entre o dano causado pelo criminoso e a aflição infligida ao criminoso em seguida, pois isto só aumenta a soma total e dano e aflição no mundo (1992, p. 525). O paradigma restaurativo, assim, é construído a partir das falhas do sistema vigente, pois sua proposta é evitar o pior do velho sistema (o punitivo), sem introduzir novos problemas”. SICA, Leonardo. *Op. cit.* p. 37.

Cumpramos, outrossim, o caráter complementar do modelo em questão. Isso porque não se trata o presente paradigma de gestão do crime, na etapa de desenvolvimento atual, de um método substitutivo ao Direito Penal tradicional. De fato, o modelo restaurador é um modelo de justaposição, que deve ser colocado ao lado do modelo tradicional punitivo.

Com efeito, não se olvida que, para situações-limite, cometidas por ofensores verdadeiramente temerários – crimes graves –, para os casos de crimes sem vítima e para aquelas situações nas quais as partes não queiram, voluntariamente, adotar o processo restaurador, é necessário que exista um direito punitivo e repressor, que deve atuar com humanidade, pautado na legalidade estrita, na proporcionalidade, e deve, de igual sorte, permitir à vítima o direito de se manifestar sobre as consequências do ato danoso.

Não obstante, para as ofensas cotidianas, de menor gravidade, que efetivamente não colocam em risco a sobrevivência da sociedade, ou seja, para a criminalidade normal e ordinária, que ainda ocorre em maior número na sociedade, é necessário pensarmos em uma nova resposta, que consiga resolver os problemas, em vez de criar tantos outros.

Essa dialética da justaposição é fundamental para modificar a forma como a sociedade concebe o crime e, decerto, contribuir para melhoria das condições em que (sobre)vivem ofensores e ofendidos. Por conta disso é que afirmamos, no início, que o paradigma restaurador é parcialmente modificador do paradigma punitivo.

Para finalizar, cumpre esboçar um conceito de Justiça Restaurativa que sintetize tudo que já foi exposto. Nesse diapasão, afirme-se que se entende por Justiça Restaurativa um novo modelo de gestão do crime, que se foca numa redefinição do fenômeno delitivo, com vistas a criar para o ofensor a obrigação de restaurar, material e simbolicamente, o dano causado ao ofendido e à comunidade. Essa responsabilização do ofensor será construída mediante um processo de diálogo conciliatório, que vai envolver todos aqueles que foram diretamente ofendidos com a prática delitiva. Ao final desse processo, buscar-se-á a reintegração das relações sociais lesadas pelo crime.

Conclui-se, portanto, que a concepção restaurativista aqui apresentada é aquela focada no processo e na finalidade, é dizer, é uma visão construída



por meio de “processos negociados e finalidades restaurativas”<sup>31</sup>, em uma visão mais “restrita de Justiça Restaurativa”. Malgrado existam outras duas concepções de Justiça Restaurativa, fundadas no processo ou na finalidade, segundo nos parece, a visão minimalista, aqui adotada, é a que mais se coaduna com o ideal restaurador de mudança de paradigma.

### **2.3 A mudança da racionalidade penal. Da racionalidade que obriga à punição àquela que faculta a punição**

A racionalidade penal que fundamenta o paradigma punitivo em vigor é uma razão que obriga a aplicação de uma pena sempre que houver a confirmação de um preceito primário incriminador, propugnando a unicidade entre a norma primária e a norma secundária, unidas entre si como um todo indissolúvel.

Sem quaisquer dúvidas, esse todo indissolúvel, antes demonstrado, conduz à incansável preocupação com a pena e com a necessidade de justificá-la, uma vez que é a pena a resposta primordial ao acontecimento delitivo<sup>32</sup>.

A mudança de paradigma da Justiça Restaurativa é decorrente de uma nova forma de enxergar e efetivar o funcionamento da justiça penal. Em outros termos, a Justiça Restaurativa transforma a racionalidade que obriga a punição na racionalidade que faculta a punição àqueles estritos casos nos quais não seja possível outra alternativa de responsabilização do infrator. A Justiça Restaurativa visa, portanto, a desconstruir o mito de Beccaria, segundo o qual é necessária a existência de pena certa, proporcional, aflitiva<sup>33</sup>.

---

<sup>31</sup> JACCOUD, Mylène. Princípios, tendências e procedimentos que cercam a Justiça Restaurativa. Em, SLAKMON, C., R. De Vitto, e R. Gomes Pinto, org., 2005. Justiça Restaurativa. Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005. p. 171.

<sup>32</sup> “O foco na pena traz outro efeito pouco estudado: a desvalorização do preceito, ou a supervalorização da sanção em detrimento do preceito, o que resulta numa evidente falha de comunicação: ‘matar alguém’ ou ‘subtrair coisa alheia móvel’ são considerados problemas apenas pelo fato de serem condutas às quais se comina uma pena e não pelo fato de a vida e o patrimônio serem valores dignos de respeito e proteção.” SICA, Leonardo. *Op. cit.* p. 42.

<sup>33</sup> “Não é o rigor do suplício que previne os crimes com mais segurança, mas a certeza do castigo, o zelo vigilante do magistrado e essa severidade inflexível que só é uma virtude do juiz quando as leis são brandas. A perspectiva de um castigo moderado, mas inevitável

A modificação da unidade entre as normas de comportamento e de sanção, típica da racionalidade penal moderna, é o objeto precípua da modificação restaurativa, que visa a afastar parcialmente, em casos especificados, o modelo tradicional de gestão do crime, no qual a principal responsabilização do infrator ao preceito primário ocorre por meio de um diálogo conciliatório no qual ele, a vítima e a comunidade participam e podem opinar sobre a melhor solução para reparar a lesão ocasionada com o crime.

Sem quaisquer dúvidas, o que Justiça Restaurativa propõe é a inclusão de garantias positivas ao cidadão, como limite ao irrefreável desejo de punir do Estado. Em vez de punição, responsabilização; no lugar de aflição de dor, restauração da paz jurídica e das consequências advindas com o crime; no lugar de conflito, diálogo.

O afastamento da obrigatoriedade de punição culmina com a ruptura antes propugnada entre as normas de comportamento e de sanção, para a aceitação da possibilidade de existência de crime sem pena, mas com uma responsabilização que atenda aos interesses dos reais afetados pelo delito. Verifica-se, de fato, uma modificação do arcabouço doutrinário do Direito Penal para a construção de uma nova racionalidade penal, na qual o Direito Penal passe a ser, mais que tudo, Direito, e menos penal.

### **3. A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. BERÇO DO IDEAL DE GARANTISMO PENAL POSITIVO**

#### **3.1 Direitos fundamentais: conceito formal e material e dimensões de direitos fundamentais**

O tema dos direitos fundamentais comporta muitos pontos para discussão e explanação, sobretudo com relação ao seu surgimento histórico e ao seu conteúdo. Infelizmente, pela exiguidade deste trabalho, não será possível uma abordagem profunda do tema, até mesmo para não incorrer em exagerada redução da problematização. Desse modo, as considerações feitas limi-

---

causará sempre uma forte impressão mais forte do que o vago temor de um suplício terrível, em relação ao qual se apresenta alguma esperança de impunidade.” BECCARIA, Césarie. *Dos delitos e das penas*. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/delitosB.pdf>>. Acessado em: 02 dez. 2009. p. 213.

tar-se-ão ao conceito formal e material de direitos fundamentais e às duas primeiras dimensões doutrinariamente aceitas dos direitos fundamentais, de essencial apresentação para o desenvolvimento do problema aqui proposto.

No que concerne à conceituação, é imprescindível assinalar, primeiramente, que os direitos fundamentais representam, na sua perspectiva formal, a positivação no ordenamento interno dos países dos Direitos Humanos, consagrados por tratados internacionais ao longo dos séculos XVIII, XIX e XX, os quais resultaram de um consenso<sup>34</sup> acerca de quais direitos são imprescindíveis ao homem enquanto tal.

O critério acima utilizado, justamente por sua natureza formal, representa uma fórmula abstrata, que necessita de uma complementação para que a categoria dos direitos fundamentais seja apreendida na sua totalidade. Nessa perspectiva, importante trazer à colação o conceito apresentado por Dirley da Cunha, que materializa a formalidade dos direitos fundamentais com lastro no princípio da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, fundamentais seriam todos os direitos que concretizam o valor dignidade da pessoa humana, ou seja, que servem ao homem enquanto meio para tornar real a sua dignidade. Nas palavras do autor:

[...] podemos conceituar os direitos fundamentais como aquelas posições jurídicas que investem o ser humano de um conjunto de prerrogativas, faculdades e instituições imprescindíveis a assegurar uma existência digna, livre, igual e fraterna de todas as pessoas. De um modo mais amplo, podemos concebê-los como princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico. São fundamentais porque sem eles a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, não sobrevive<sup>35</sup>.

A temática dos direitos fundamentais e o seu efetivo reconhecimento demandou a busca por um fundamento que justificasse a adoção, a ratificação e a positivação desses direitos. Bobbio assinala que, por influências jusna-

---

<sup>34</sup> BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Tradução de Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 26.

<sup>35</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley. Curso de Direito Constitucional. Salvador: Juspodivm, 2010. p. 538.

turalistas, por muito tempo se perquiriu acerca de um fundamento absoluto para os direitos do homem, invariável e imutável, que devesse “ser obedecido sem questionamentos”<sup>36</sup>. Com o tempo, foi possível perceber que esse fundamento absoluto era impossível de ser alcançado.

Impossibilidade de fundamento absoluto dos direitos fundamentais decorre da própria relatividade valorativa e histórica a que estão submetidas as necessidades mais prementes observadas em cada época. Assim, é possível concordar com Dirley da Cunha quando assinala que os direitos fundamentais “se proclamam gradualmente na proporção das carências do ser humano, nascidas em função da mudança das condições sociais”<sup>37</sup>.

Se as necessidades sociais são mutáveis, dependendo dos valores mais caros em contexto social e, sobretudo, da conformação do Estado que os adota, a fundamentação absoluta, universal e imutável, almejada pelos jusnaturalistas não se justifica, devendo-se partir de uma perspectiva de fundamentos relativos.

Partindo-se dessa premissa de direitos fundamentais enquanto representação dos valores sociais colocados como mais importantes em cada período histórico, é preciso tratar das dimensões de direitos fundamentais.

O surgimento dos direitos fundamentais em Constituições positivadas remonta ao Estado liberal, construído sob a filosofia do liberalismo econômico, que pregava a abstenção máxima do Estado na vida dos cidadãos. O Estado só poderia atuar em casos marginais, expressamente designados. A filosofia do momento era justificada pelo período histórico anterior, absolutista, no qual os abusos da excessiva atuação do Estado causaram repulsa e necessidade de mudança.

Tendo em vista esse contexto social, os direitos fundamentais foram preliminarmente desenvolvidos como direitos de liberdade do cidadão em face da atuação do Estado. Sua função era não intervir no desenvolvimento das relações econômicas e sociais travadas entre os cidadãos, mas garantir o livre exercício delas, sem embaraços.

---

<sup>36</sup> BOBIO, Norberto. *Op. cit.* p. 16.

<sup>37</sup> *Op. cit.* p. 580.

Ocorre que a história foi, aos poucos, demonstrando que a abstenção quase total do Estado nas relações travadas entre os particulares ocasionava a própria desestabilização dessas relações. No campo econômico, verifica-se que a ausência do Estado comprometeu gravemente as relações do modelo capitalista de produção, uma vez que propiciou a aparição do capitalismo de grupo, o qual representava a junção do poder do capital apta a dominar o mercado. Essa dominação do mercado na mão de poucas *holdings* ou cartéis ocasionou um desequilíbrio na livre concorrência e, por via de consequência, a imposição arbitrária de preços de produtos e de remuneração de mão de obra. Em longo prazo, a consequência veio a se verificar na crise mais gravosa do capitalismo, com a quebra da Bolsa norte-americana em 1929. A partir de então, restou sobejamente comprovado o quão invisível, para não dizer inexistente, era a mão que Adam Smith propugnava, de modo que ficou clara a necessidade de uma atuação proativa do Estado, para regular o mercado e salvar o capitalismo dos próprios capitalistas<sup>38</sup>.

No plano social, a situação era ainda mais perturbadora, uma vez que os abusos do capital impediam o próprio desenvolvimento das classes menos abastadas. Os cidadãos pertencentes a essas classes, por não contarem com uma atuação estatal, viam-se privados, em muitas ocasiões, da sua própria dignidade humana, visto que não dispunham de meios para a aquisição de bens essenciais, duráveis e não duráveis, e, até mesmo, para a aquisição de meios de sobrevivência, a exemplo de meios de concretização do seu direito à saúde e à alimentação.

Esse panorama social ocasionado pela postura nula e absenteísta do Estado propiciou, entre os cidadãos, a aparição de visíveis desigualdades fáticas que não podiam ser sanáveis por meio da igualdade jurídica clássica do Estado liberal. Nesse aspecto, foi igualmente perceptível, tal como no plano econômico, que o Estado necessitava intervir para diminuir as desigualdades criadas pelo abuso do capital, tomando posturas positivas “para realizar a libertação do indivíduo dessa opressão”<sup>39</sup>.

---

<sup>38</sup> “E sendo certo que empresas unidas num mesmo grupo econômico se tornam bem mais poderosas pelo volume de capital existente e penetração no mercado consumidor, o capitalismo de grupo foi responsável por desencadear a rivalização do poder econômico privado em face do poder público. (...) O surgimento do Direito Econômico, destarte, está umbilicalmente preso à transformação do capitalismo atomista para o capitalismo de grupo, movimento acompanhado da atávica tendência das empresas de dominar mercados para praticar preços abusivos, inclusive com a adoção de práticas anticoncorrentiais; tendência, por sua vez, determinante de maior fiscalização do Estado.” SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Direito Constitucional Econômico*. São Paulo: LTr, 2001. pp. 24-25.

<sup>39</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Op. cit.* p. 585.

Surtem, nesse contexto fático, os direitos de prestação do indivíduo, exigíveis em face do Estado, os quais, de acordo com as lições de Alexy<sup>40</sup>, podem ser de três espécies: os direitos à organização e procedimento; os direitos a prestações em sentido estrito; e, por fim, os direitos a proteção, que mais interessam ao presente estudo.

Com relação aos direitos à organização e procedimento e os direitos à prestação em sentido estrito, imprescindível se faz um comentário breve, para assinalar que os primeiros correspondem aos direitos do cidadão em face do legislador, para que esse edite uma norma apta a instrumentalizar a prática de um direito constitucionalmente assegurado. Os direitos à prestação em sentido estrito correspondem àqueles devidos aos cidadãos que não dispõem de meios financeiros para adquiri-los de outros particulares, a exemplo de “direitos à assistência à saúde, ao trabalho, à moradia e à educação”<sup>41</sup>. Consoante já ressaltado, essas duas espécies não interessam diretamente ao escopo do trabalho, de modo que a análise delas se exaure neste ponto, após a sua conceituação.

Com relação aos direitos de proteção, por seu turno, esses podem ser vislumbrados como os direitos de que gozam os cidadãos de serem protegidos por atuações de terceiros, particulares, com potencial lesivo aos seus respectivos bens jurídicos fundamentais. Nas palavras de Alexy:

Por “direitos à proteção” devem ser aqui entendidos os direitos do titular de direitos fundamentais em face do estado a que este o proteja contra intervenções de terceiros. Direito a proteção podem ter os mais diferentes objetos. Desde a proteção contra homicídios na forma mais tradicional, até a proteção contra os perigos do uso pacífico da energia nuclear. Não são apenas a vida e a saúde os bens passíveis de serem protegidos, mas tudo aquilo que seja digno de proteção a partir do ponto de vista dos direitos fundamentais: por exemplo, a dignidade, a liberdade, a família e a propriedade. Não menos diversificadas são as possíveis formas de proteção. Elas abarcam, por exemplo, a proteção por meio de normas de direito penal, por meio de normas

---

<sup>40</sup> ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 444.

<sup>41</sup> Idem, ibidem. p. 499.

de responsabilidade civil, por meio de normas de direito processual, por meio de atos administrativos e por meio de ações fáticas<sup>42</sup>.

Esses direitos interessam ao desenvolvimento da problemática deste estudo porquanto representam o próprio ideal de proteção penal, consubstanciada no direito dos cidadãos de exigir do Estado uma conduta proativa, de proteção de condutas atentatórias aos seus bens jurídicos penalmente relevantes.

Aqui, compete um adendo. As normas penais de repressão já existiam desde antes da aparição da segunda dimensão de direitos fundamentais, de modo que não se pode fazer uma leitura errônea, para afirmar que é nesse momento que surge o Direito Penal. Consoante é cediço, desde o Estado Absoluto, que o Direito Penal existe e se justifica. A segunda dimensão de direitos penais traz mais um fundamento para essa repressão penal, no sentido de que esta não é feita só por vontade do soberano e só para atingir um objetivo abstrato de proteção de normas, mas sim para exigir o respeito a bens pertencentes a pessoas concretas e reais.

As classes de direitos fundamentais devem, portanto, ser consideradas enquanto princípios a serem realizados pelo Estado Social e Democrático de Direito.

Diante dessa evolução na consagração e tipificação dos direitos fundamentais, o Direito Penal, enquanto ramo integrante da ciência jurídica, não poderia ficar alheio ao fenômeno das dimensões de direitos.

Assim é que a finalidade do sistema penal deve respeitar essa síntese complementar de direitos, criando um sistema teleologicamente orientado para a ponderação entre a proteção de bens dos cidadãos e os direitos de liberdade a que todos também fazem jus sob a égide de um Estado Social e Democrático de Direito.

Roxin, com o seu funcionalismo teleológico racional, já sinalizava para essa necessidade, apontando que a função do Direito Penal no contexto do Estado Social e Democrático de Direito é a proteção subsidiária de bens jurídicos, nos limites da prevenção geral e especial, respeitando os direitos e as garantias constitucionalmente assegurados.

---

<sup>42</sup> Idem, *Ibidem*. p. 450.

Na visão do autor em comento, o Sistema Penal precisa ser teleologicamente orientado, para resguardar, com os meios sancionatórios que lhes são próprios, “uma convivência pacífica, livre e igualitária entre os homens, na medida em que isso não seja possível através de outras medidas de controle sócio-políticas menos gravosas”<sup>43</sup>.

Isso quer significar que, ao Direito Penal, cabe a função subsidiária de efetiva proteção da sociedade – dos bens que a sociedade, em consenso, considera mais importantes –, por meio da aplicação de uma sanção ao ofensor, respeitando todos os direitos individuais a que este faz jus.

Expostas as bases que conduzirão à resolução do problema posto, faz-se mister um novo tópico, conclusivo, para solucionar o problema posto.

#### **4. A JUSTIÇA RESTAURATIVA E A CONCRETIZAÇÃO DOS GARANTISMO POSITIVO**

Neste ponto final do trabalho, impende apresentar em que medida a Justiça Restaurativa, com seus procedimentos próprios, pode representar um equilíbrio, resultante da ponderação entre os direitos de primeira e segunda dimensão.

Para a solução da problemática, faz-se imprescindível, novamente, utilizar-se do contraponto entre o paradigma punitivo e o paradigma restaurador, para demonstrar por que este último, nos limites da sua aplicação – voluntariedade e potencialidade lesiva dos crimes – cumpre com a proporcionalidade entre os direitos de primeira e segunda geração, ao passo que o modelo predominantemente vigente não o faz.

Consoante se assinalou, a racionalidade penal moderna privilegia um garantismo penal fechado e negativo. Isso se justifica pelo fato de que essa racionalidade constrói um sistema obcecado pela punição – junção obrigatória de normas de comportamento e de sanção – e, por consequência, dependente de garantias formais negativas e inflexíveis. Dessa maneira, essa forma tradicional de pensar o saber penal não admite qualquer resposta que não seja a punitiva, alcançada mediante um processo pré-determinado, de regras imutáveis.

---

<sup>43</sup> ROXIN, Claus. Estudos de Direito penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 32.



Da premissa de que a única resposta concebível é a pena, os juristas, que propugnam um direito de defesa do cidadão ao *jus puniendi*, limitam-se a asseverar que é preciso a criação de mais e mais garantias processuais, de cunho negativo para o ofensor, sem se preocupar com a efetiva participação da vítima no processo, tampouco com a reparação dos danos sofridos por esta.

O garantismo fechado que decorre da racionalidade penal moderna, se respeitado, introduz poucas garantias de proteção concretas aos cidadãos, em especial aos cidadãos diretamente imiscuídos no evento delitivo.

No que concerne ao ofensor, observa-se que as garantias que lhes são asseguradas no bojo do paradigma punitivo, se observadas de forma irrestrita, o conduzirão apenas “à certeza da punição severa”, mantendo o sistema penal de “característica autoritária, fechada, repressiva e obsoleta”<sup>44</sup>. Em outros termos, o que o garantismo permite é a defesa dos direitos do acusado no bojo do processo crime, para, ao termo, submeter esse acusado a uma pena aflitiva, dolorosa, imposta de forma verticalizada, a qual, na maioria das vezes, não é adequada para solucionar caso em concreto. Consoante afirma Leonardo Sica, rebatendo na contracrítica aos críticos da Justiça Restaurativa:

Por paradoxal, parte-se de uma premissa garantista para assegurar a manutenção da intervenção penal além da mínima. No fundo, a doutrina garantista é utilizada para legitimar uma intervenção penal repressiva e obsoleta, alimentando o ‘desejo psicossocial do castigo’, e a necessidade de sempre punir com pena de prisão ou suas penas alternativas, sem outra saída. Essa visão fecha as portas do direito penal a alternativas de não punição, despenalização, reparação, perdão, aplicação de sanções não aflitivas, etc. O mais grave, contudo é que como tais alternativas passam a ser tidas como antiguarantistas, só é aceitável o sistema inflexível: prisão ou, talvez, alguma pena alternativa (sequer concebida como principal)<sup>45</sup>.

---

<sup>44</sup> *Op. cit.* pp. 131 e 132.

<sup>45</sup> *Op. cit.* p. 122.

Em outros termos, a racionalidade penal moderna conduz à obrigatoriedade de punição e, por conseguinte, cria um círculo de garantias negativas hermeticamente fechadas, sem possibilidade de alteração. Por consequência, essas garantias fechadas só têm a função de conduzir o acusado a uma pena afliativa, que nada tem de garantidor, tendo em vista que a pena, em especial a privativa de liberdade, não tem cumprido sua finalidade de prevenção especial negativa, tampouco positiva.

Por outro lado, o sistema penal tradicional, que trata o Estado como prejudicado pelo crime, por meio da violação da norma, negligencia a sua vítima, porque não olha para as suas necessidades concretas, não a inclui no processo e, sobretudo, porque não promove como medida precípua o seu ressarcimento patrimonial e moral. Visa a proteger a vítima com o castigo do ofensor, o que, nem sempre, corresponde aos seus desejos efetivos de justiça<sup>46</sup>, tampouco a protege das lesões ao seu bem jurídico.

No novo paradigma, no qual se observa a construção de uma responsabilização consensuada, é possível que se construa uma releitura das garantias negativas – mormente quanto à sua forma de aferição, de modo a se permitir a adoção de resultados que culminem, a um só tempo, com a satisfação da vítima e com o afastamento do estigma e do sofrimento que o processo penal tradicional e o cárcere trazem consigo<sup>47</sup>.

---

<sup>46</sup> “Em alguns casos, especialmente em crimes graves praticados com violência, o sofrimento do infrator pode oferecer algum tipo de ‘conforto’ à vítima. Nos EUA, por exemplo, familiares de pessoas que foram assassinadas possuem o direito de assistir à execução dos condenados à morte. Nesse ponto, o que devemos nos perguntar é se esse sentimento de conforto moral não é exatamente o mesmo que vingança e se, por decorrência, uma sociedade que permite que seus instrumentos de justiça sejam identificados com a vingança pode produzir, de alguma forma, Justiça. Na verdade, o que as punições produzidas pela Justiça Criminal permitem é que ambos, infrator e vítima, fiquem piores. A retribuição tende a legitimar a paixão pela vingança e, por isso, seu olhar está voltado, conceitualmente, para o passado. O que lhe importa é a culpa individual, não o que deve ser feito para enfrentar o que aconteceu e prevenir a repetição do que aconteceu.” ROLIM, Marcos. *A Síndrome da Rainha Vermelha: policiamento e segurança pública no século XXI*. Zahar, Rio de Janeiro, 2006. p. 247.

<sup>47</sup> No âmbito do paradigma punitivo, devemos deixar claro que nossa posição é que a ponderação deve pender, sempre, para os limites e as garantias individuais, porquanto a imposição de uma pena afliativa é uma consequência por demais gravosa na esfera de liberdade, de modo que deve ser aplicada para a proteção de bens jurídicos no respeito incondicional ao devido processo e ao garantismo negativo assinalado por Ferrajoli. Isso não implica, por óbvio, que a proteção de bens jurídicos seja anulada ou negligenciada, mas sim que haja uma progressiva conscientização dos agentes estatais, sobretudo da polícia investigativa, de que essa proteção tem de ser limitada ao direito de liberdade. A colheita de provas, a prisão de indiciados e outros expedientes para a formação do convencimento devem ser feitos de modo a se assegurar o direito de indiciados.

A Justiça Restaurativa surge da finalidade de melhorar a condição penal, transformando a racionalidade que obriga à punição na racionalidade que faculta à punição, naqueles estritos casos nos quais não seja possível alternativa de responsabilização do infrator. A Justiça Restaurativa visa, portanto, a desconstruir o mito de Beccaria, segundo o qual é necessária a existência de pena, certa, proporcional, aflitiva<sup>48</sup>.

Essa mudança da racionalidade de punir – da obrigação para a faculdade – oferece garantias positivas para a sociedade e para as vítimas, ao mesmo tempo em que oferece garantias positivas e negativas para o ofensor, concretizando um sistema integrado de proteção de direitos.

No paradigma restaurador, o ofensor é incluído em um processo trilateral e consensual, que possui formas distintas de averiguar a responsabilidade penal, mas que, ao final, culmina com uma solução que o responsabiliza, embora, ao mesmo tempo, o livre do destino certo e seguro da pena aflitiva e invasiva.

Com relação à vítima, o paradigma restaurativo oportuniza a sua inclusão no processo consubstanciando um verdadeiro acesso à justiça, por meio do qual a vítima vive todo o processo decisivo, expondo seus motivos, seus anseios e, ao final, acordando com a melhor forma de responsabilização, que efetivamente repare os prejuízos emocionais e materiais que lhes foram causados. Decerto, não parece haver melhor garantia de proteção para qualquer sujeito do que a satisfação com o resultado final do processo e com a reparação de todo o prejuízo que fora sofrido.

Esse ideal positivo de proteção alcançado pela Justiça Restaurativa foi bem sintetizado por Selma Pereira de Santana, nas lições abaixo transcritas:

A reparação do dano, segundo esta compreensão, não constitui uma questão jurídico-civil, mas algo que contribui fundamentalmente para a realização dos fins da pena: ela possui um importante efeito ressocializador,

---

<sup>48</sup> “Não é o rigor do suplício que previne os crimes com mais segurança, mas a certeza do castigo, o zelo vigilante do magistrado e essa severidade inflexível que só é uma virtude do juiz quando as leis são brandas. A perspectiva de um castigo moderado, mas inevitável causará sempre uma forte impressão mais forte do que o vago temor de um suplício terrível, em relação ao qual se apresenta alguma esperança de impunidade.” BECCARIA, César. Dos delitos e das penas. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/adobebook/delitosB.pdf>>. Acessado em: 02 dez. 2009. p.213.

na medida em que obriga o autor do delito a enfrentar-se com as conseqüências de sua atitude, como, outrossim, a conhecer os legítimos interesses da vítima; viabiliza o fomento do reconhecimento das normas; pode conduzir a uma reconciliação entre autor-vítima, e, conseqüentemente, facilitar a reintegração do primeiro deles; contribui para a prevenção integradora, ao oferecer um caminho de restauração da paz jurídica, pois ‘só quando se haja reparado o dano, a vítima e a comunidade considerarão eliminada – amiúde, inclusive, independentemente de um castigo –, a perturbação social originada pelo delito<sup>49</sup>.

A despeito do pouco tempo de aplicação dos modelos restaurativos e, ainda, das práticas incipientes, é possível se verificar resultados já relatados em algumas pesquisas que confirmam a ideia de garantismo penal positivo, consoante nos informa Leonardo Sica.

Sem embargo, Sica<sup>50</sup> aponta pesquisas realizadas na Inglaterra, durante um período de dois anos em que foram monitorados 29.000 ofensores em três forças policiais distintas: Sussex e Warwickshire – onde se utilizam métodos tradicionais punitivos – e na região do Vale do Tâmsa – onde a polícia utiliza cautelas restaurativas. Em todas as jurisdições, foi possível vislumbrar uma queda nos níveis de reincidência, mas, no Vale do Tâmsa, a queda na taxa de reincidência foi significativamente maior. Sica considera ser prematuro atribuir às quedas de reincidência a aplicação unicamente da Justiça Restaurativa – uma vez que em todos os locais houve decréscimo –, mas atenta para a observação de que “não há qualquer evidência de que práticas restaurativas aumentem a reincidência, o que é significativo, pois as práticas prisionais já demonstraram que são causas de aumento da reincidência”<sup>51</sup>.

Outra pesquisa realizada, desta vez na Nova Zelândia, também conduziu à assertiva de que as práticas restaurativas não aumentam as taxas de reincidência, e que, além disso, a satisfação das partes do processo mediativo é significativamente alta, de maneira a aumentar a “percepção de justiça naquelas comunidades (no programa Roturua, 83% das vítimas ficaram sa-

<sup>49</sup> *Op. cit.* pp. 103 e 104.

<sup>50</sup> SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal. O novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 140.

<sup>51</sup> *Ibidem*, pp. 140 e 141.

tisfeitas com o acordo e 95% satisfeitas com a oportunidade do encontro; 90% dos ofensores cumpriram o acordo satisfatoriamente)<sup>52</sup>.

De acordo com Sica, contudo, o estudo mais relevante concernente aos efeitos positivos da Justiça Restaurativa foi produzido na Austrália – “Recidivism patterns in the Canberra Reintegrative Shaming Experiments”. Esse estudo foi realizado com jovens envolvidos em crimes violentos. Ao final da pesquisa, restou comprovado que os jovens encaminhados a programas de Justiça Restaurativa “reincidiram 38% menos que o grupo de controle que praticou os mesmos crimes e foi submetido à Justiça Penal”<sup>53</sup>.

Observe-se, ainda, outro dado interessante. Em pesquisas realizadas no centro de mediação vítima-ofensor do Central Valley<sup>54</sup>, nos quais as vítimas foram perguntadas sobre aspectos da mediação, na quase totalidade das respostas, observaram-se aspectos positivos. A primeira pergunta realizada às vítimas concernia à satisfatoriedade do acordo: em um contexto de 200 vítimas entrevistadas, 168 delas responderam que o acordo foi muito satisfatório. Questionou-se, ainda, às vítimas, se o encontro as havia ajudado na busca de respostas para o que lhe aconteceu e, demais disso, se o encontro as havia ajudado a melhorar os sentimentos fragilizados com a ocorrência do crime. No primeiro quesito, no contexto das 200 vítimas, 146 responderam que a mediação fez com que encontrassem respostas positivas; no segundo quesito, de 150 vítimas perguntadas, 132 informaram que seus sentimentos melhoraram após o processo mediativo.

Ainda de acordo com a pesquisa do Central Valley, em um contexto de 200 vítimas entrevistadas, 170 delas afirmaram que recomendariam a mediação a amigos e familiares que fossem vítimas de crimes similares.

A pesquisa também procurou saber a opinião dos ofensores que aceitaram participar do processo de mediação penal<sup>55</sup>. No concernente à quesitação relativa à satisfatoriedade do acordo, dentre os 150 ofensores entrevistados, 135 responderam que o acordo foi muito satisfatório. Perguntou-se, ainda,

---

<sup>52</sup> SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal. O novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. pp. 141.

<sup>53</sup> *Ibidem*, p. 141.

<sup>54</sup> Disponível em: <<http://vorp.org/docs/1994-2003%20v%20evals.pdf>>. Acessado em: 05 dez. de 2009.

<sup>55</sup> Disponível em: <<http://vorp.org/docs/1994-2003%20o%20evals.pdf>>. Acessado em: 05 dez. de 2009.

aos ofensores, se o acordo os havia ajudado a “acertar as coisas com as vítimas”. Dentre os 150 entrevistados, em torno de 134 também responderam que sim, que a mediação havia proporcionado a oportunidade de atuar beneficentemente em favor da vítima. Percebe-se, nesse ponto, a tomada de consciência dos ofensores em relação às suas responsabilidades mediante a vítima, e não mediante o Estado.

Trata-se, em verdade, de um precioso avanço no sentido de legitimação do processo de mediação, porquanto este passou a ser vislumbrado como procedimento que introduz valores positivos e atende aos anseios de vítimas e ofensores com o sistema penal, bem diferente do que ocorre com o sistema punitivo, no qual o resultado nem sempre satisfaz as necessidades prementes dos envolvidos.

## **5. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Diante de tudo que foi assinalado, é possível concluir que:

1. O Direito Penal moderno funda-se nos paradigmas punitivos de resolução do delito, que correspondem ao modelo dissuasório – que visa combater o mal do crime com o mal da pena – e ao modelo reabilitador – que concebe a pena como instrumento de recuperação social do delinquente;
2. Ambos os modelos acima destacados são punitivos porque não concebem outra resposta ao delito distinta da aplicação de uma medida afliativa e verticalizada, correspondente, na maioria dos casos, à pena privativa de liberdade;
3. Os modelos punitivos salientados ocasionaram uma crise de legitimação do Direito Penal, uma vez que a tradicional resposta afliativa e sancionatória ao delito não mais satisfaz os anseios sociais. De fato, os fatores mais notórios que conduziram à mencionada crise de legitimação são a crise da razão essencialmente punitiva, a falência da ideologia do tratamento e o nascimento da vitimodogmática;
4. A Justiça Restaurativa é o novo paradigma de resolução dos conflitos penais pautado na existência de responsabilização do ofensor, restauração do prejuízo causado à vítima e reintegração das relações sociais lesionadas com a ocorrência do delito. O novo modelo visa a soluções prospectivas, mais

preocupadas em minorar as consequências sociais advindas da ocorrência do crime do que com ideias punitivas, retrospectivas, que visam à imposição de culpa e pena. Trata-se, por conseguinte, de uma nova visão do crime, que procura solucionar os conflitos mais prementes advindos do delito, em vez de assumir preocupações pseudopreventivas, que, em tese, almejam a extermínio do delito;

5. O modelo restaurador opera uma mudança copernicana no modo de gerir o crime, uma vez que se preocupa com outra responsabilização do infrator, com vistas a restaurar a paz jurídica. Preocupa-se, sobretudo, em reparar os interesses lesionados com a prática delitiva, conferindo maior valor ao preceito proibitivo do que à sanção que dele deveria decorrer. Por conta disso, o paradigma restaurador opera uma quebra na unicidade entre as normas de comportamento e as normas de sanção, proposta pela racionalidade penal moderna;

6. Após a exposição das características dos dois modelos, punitivo e restaurador, tratou-se dos direitos fundamentais, da sua conceituação enquanto Direitos Humanos positivados no ordenamento dos países, os quais servem à concretização da dignidade da pessoa humana. Assinalou-se que os aludidos direitos fundamentais sofrem evoluções intrinsecamente conectadas à evolução dos valores e interesses mais prementes em cada contexto social. Assim é que os direitos de primeira dimensão, positivados após o declínio do Estado absolutista, propugnavam a total abstenção do Estado nas relações privadas entre os indivíduos, privilegiando a liberdade destes. Com o passar dos anos, foi possível perceber que a ausência do Estado ocasionou diversos problemas no campo social e econômico, de modo que era preciso uma inclusão de direitos positivos, com a atuação do Estado destinada a minorar os danos existentes. Nesse contexto, surgiram os direitos de proteção, que objetivam uma proteção do Estado às lesões aos bens do indivíduo;

7. Feita a digressão sobre os direitos fundamentais, afirmou-se que o Direito Penal, enquanto ramo mais interventivo do Estado, deve resguardar um equilíbrio entre a proteção dos bens do cidadão e as garantias do indivíduo;

8. Ao final, concluiu-se que o paradigma então vigente apresenta um desequilíbrio na política de proteção integral de direitos – positivos e negativos –, porque se funda exclusivamente na punição e na presença de garantias negativas para os acusados, sem se preocupar com garantias positivas para estes e para as vítimas lesadas com o crime. O paradigma novo, restaurador,

por seu turno, nos limites que lhes são próprios – voluntariedade e gravidade dos crimes –, substitui parcialmente o paradigma vigente e concretiza direitos positivos tanto para o acusado – de afastamento da pena e de ressocialização – quanto para a vítima – que passa a ser respeitada e ganha voz no processo de responsabilização do ofensor.

## 6. REFERÊNCIAS

ALEXY, R. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

BOBBIO, N. **A era dos direitos**. Tradução de Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CUNHA JÚNIOR, D. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Juspodivm, 2010.

GARCIA-PABLOS DE MOLINA, A., GOMES, L. F. **Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos; introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95, Lei dos Juizados Especiais Criminais**. 5. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

JACCOUD, M. Princípios, tendências e procedimentos que cercam a Justiça Restaurativa. In SLAKMON, C., R. De Vitto, e R. G. P., org., 2005. **Justiça Restaurativa**. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), 2005.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Handbook on restorative justice programs**. Nova York, 2006.

PALLAMOLLA, R. P. **Justiça Restaurativa: da teoria à prática**. São Paulo: IBCCRIM, 2009.

PIRES, A. **A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos**. Novos Estudos CEBRAP, nº 68. São Paulo: CEBRAP, 2004. pp. 39-60

ROLIM, M. **A Síndrome da Rainha Vermelha: policiamento e segurança pública no século XXI**. Zahar: Rio de Janeiro, 2006.



ROXIN, C. **Estudos de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SALIBA, M. G. **Justiça Restaurativa e Paradigma Punitivo**. Curitiba: Juruá, 2009.

SANTANA, S. P. **A reparação como consequência jurídico-penal autônoma do delito**. 2006.533f. Tese (Doutorado em Ciências Criminais) – Faculdade de Direito, Coimbra, Lisboa, 2006.

SANTANA, S. P. **O “redescobrimto” da vítima: Uma esperança**. Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 12, nº 142, p. 4-5, Setembro de 2004.

SICA, L. **Justiça Restaurativa e Mediação Penal**. O novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SILVA NETO, M. J. **Direito Constitucional Econômico**. São Paulo: LTr, 2001.

ZEHR, H. **Trocando as lentes. Um novo foco sobre o crime e a Justiça**. Justiça Restaurativa. São Paulo: Palas Athena, 2008.

BECCARIA, C. **Dos delitos e das penas**. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/delitosB.pdf>>. Acessado em: 02 dez. 2009.

Pesquisas realizadas no centro de mediação vítima-ofensor do Central Valley. Disponível em: <<http://vorp.org/docs/1994-2003%20v%20evals.pdf>>. Acessado em: 05 dez. 2009.

Rede europeia de Pontos de contacto nacionais para a Justiça Restaurativa <[http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/committees/libe/20030217/10575\\_02pt.pdf](http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/committees/libe/20030217/10575_02pt.pdf)>. Acessado em: 15 ago. 2009.

