

**V CONGRESSO NACIONAL DA
FEPODI**

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – FEPODI

Presidente - Yuri Nathan da Costa Lannes (UNINOVE)

1º vice-presidente: Eudes Vitor Bezerra (PUC-SP)

2º vice-presidente: Marcelo de Mello Vieira (PUC-MG)

Secretário Executivo: Leonardo Raphael de Matos (UNINOVE)

Tesoureiro: Sérgio Braga (PUCSP)

Diretora de Comunicação: Vivian Gregori (USP)

1º Diretora de Políticas Institucionais: Cyntia Farias (PUC-SP)

Diretor de Relações Internacionais: Valter Moura do Carmo (UFSC)

Diretor de Instituições Particulares: Pedro Gomes Andrade (Dom Helder Câmara)

Diretor de Instituições Públicas: Nevitton Souza (UFES)

Diretor de Eventos Acadêmicos: Abimael Ortiz Barros (UNICURITIBA)

Diretora de Pós-Graduação Lato Sensu: Thais Estevão Saconato (UNIVEM)

Vice-Presidente Regional Sul: Glauce Cazassa de Arruda (UNICURITIBA)

Vice-Presidente Regional Sudeste: Jackson Passos (PUCSP)

Vice-Presidente Regional Norte: Almério Augusto Cabral dos Anjos de Castro e Costa (UEA)

Vice-Presidente Regional Nordeste: Osvaldo Resende Neto (UFS)

COLABORADORES:

Ana Claudia Rui Cardia

Ana Cristina Lemos Roque

Daniele de Andrade Rodrigues

Stephanie Detmer di Martin Vienna

Tiago Antunes Rezende

A532

Anais do V Congresso Nacional da FEPODI [Recurso eletrônico on-line] organização FEPODI/ CONPEDI/ UFMS

Coordenadores: Livia Gaigher Bosio Campello; Yuri Nathan da Costa Lannes – Florianópolis: FEPODI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-396-2

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Ética, Ciência e Cultura Jurídica.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Ética. 3. Ciência. V Congresso Nacional da FEPODI (5. : 2017 : Campo Grande - MS).

CDU: 34



V CONGRESSO NACIONAL DA FEPODI

Apresentação

Apresentamos os Anais do V Congresso Nacional da Federação Nacional dos Pós-Graduandos em Direito, uma publicação que reúne artigos criteriosamente selecionados por avaliadores e apresentados no evento que aconteceu em Campo Grande (MS) nos dias 19 e 20 de abril de 2017, com apoio fundamental do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS).

Variadas problemáticas jurídicas foram discutidas durante o evento, com a participação de docentes e discentes de Programas de Pós-Graduação em Direito e áreas afins, representando diversos estados brasileiros. Em seu formato, com espaço para debates no âmbito dos 17 grupos temáticos coordenados por docentes de diversos programas de pós-graduação, o evento buscou estimular a reflexão crítica acerca dos trabalhos apresentados oralmente pelos pesquisadores.

Os Anais que ora apresentamos já podem ser considerados essenciais no rol de publicações dos eventos da FEPODI, pois além de registrar conhecimentos que passarão a nortear novos estudos em âmbito nacional e internacional, revelam avanços significativos em muitos dos temas centrais que são objeto de estudos na área jurídica e afins.

Estamos orgulhosos com a realização do V Congresso da FEPODI e com a possibilidade de oferecer aos pesquisadores de todo o país mais uma publicação científica, que representa o compromisso da FEPODI com o desenvolvimento e a visibilidade da pesquisa e com busca pela qualidade da produção na área do direito.

Campo Grande, outono de 2017.

Profa. Dra. Lívia Gaigher Bósio Campello

Coordenadora do V Congresso da FEPODI

Coordenadora do Programa de Mestrado em Direito da UFMS

Prof. Yuri Nathan da Costa Lannes

Presidente da FEPODI

A REAFIRMAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE TERCEIRA GERAÇÃO POR MEIO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA

THE REAFFIRMATION OF FUNDAMENTAL RIGHTS OF THE THIRD GENERATION UNDER RESTORATIVE JUSTICE

Caio Vinícius de Jesus Ferreira dos Santos ¹
Michel Andrade dos Santos Silva ²

Resumo

As práticas restaurativas procuram proporcionar o diálogo entre autor e vítima do delito, bem como fortalecer valores de respeito e cooperação, na solução do conflito penal. A partir disso, este trabalho tem por objetivo analisar a possível relação entre os direitos fundamentais de terceira dimensão e a justiça restaurativa, asseverando que as práticas restaurativas possibilitam a reafirmação dos direitos de solidariedade, lastreando-se em análises bibliográficas, livros, periódicos, revistas jurídicas e sites especializados, valendo-se do método hipotético-dedutivo. Diante disso, afirma-se que a Justiça Restaurativa contribui para a consolidação dos direitos fundamentais em estudo, fomentando a paz e a harmonia comunitária.

Palavras-chave: Direitos fundamentais de terceira geração, Justiça restaurativa, Práticas restaurativas

Abstract/Resumen/Résumé

Restorative practices seek to approximate the links between author and victim of crime, as well as to strengthen values of respect, cooperation and solidarity, in fact serving to reaffirm the fundamental rights of third generation in concrete terms. The Restorative Justice contributes to the recognition of the Fundamental Rights inherent to the community, fosters peace and harmony among the people, providing effective resolution of social conflict. Thus, the emphasis is on solidarity, cooperation and peace for a more just and humanized society.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Third generation fundamental rights, Restorative justice, Restorative practices

¹ Mestrando em Direito Público na Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia.

² Graduado em Direito pela Universidade Federal da Bahia.

1. Introdução

Para Karel Vasak¹, as gerações dos direitos fundamentais despontam a resolução cronológica de seu reconhecimento e afirmação, anunciando-se gradativamente na proporção das contingências humanas em diálogo com o período histórico vivido (RAMOS, 2014, p. 55). Com o advento de modificações econômicas, sociais, culturais e tecnológicas, vaticinam o exame da vida em sociedade e das relações sociais que clamam por novas reivindicações e valores.

Neste contexto, com base em Vasak, os direitos fundamentais de primeira dimensão foram os primeiros direitos solenemente garantidos (BULOS, 2011, p. 518.), o que aconteceu por meio das declarações do século XVII e das primeiras constituições escritas com suporte nas ideias liberais-burguesas (MASTRODI, 2008, p. 5). São direitos individualistas, garantindo um âmbito de liberdade aos indivíduos face ao Estado. A primeira geração de direitos é caracterizada pela funcionalidade defensiva, contra os abusos e arbítrios gerados pela atuação estatal. Ao indivíduo, então, é reconhecida uma esfera de liberdade isenta da intervenção estatal (BONAVIDES, 2006, p. 562-564).

Os direitos fundamentais de segunda dimensão são consequências do descredito do Estado Liberal – “alheio e indiferente à vida econômica e social”. Com o advento da Revolução Industrial, as relações sociais e a vida nos aglomerados urbanos se modificaram significativamente. Segundo Edvaldo Brito, “no lugar da liberdade que explorava era forçosa a interferência que libertária” (Brito, 1982, p. 19). Dirley da Cunha denota que a experiência histórica acabou demonstrando que o Estado não é o único que oprime o desenvolvimento da personalidade; mas os próprios indivíduos podem atuar em detrimento da personalidade de outrem:

“O homem, livre das investidas do Estado, passou a precisar dele, ante os graves problemas econômicos que os oprimiam. Se no individualismo clássico do Estado liberal, o Estado era o inimigo contra o qual se havia de defender os âmbitos da autonomia individual privada, sob a nova filosofia social, aquele foi convertido no

¹ Segundo Dirley da Cunha Jr., “para alguns autores, a expressão gerações de direitos é equívoca, circunstância que os anima a propor, com vantagem lógica e qualitativa, a sua substituição pela expressão dimensões de direito, segundo o argumento de que o termo gerações pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra.” (Cunha Jr., 2010, p. 596). Além disso, consoante Ingo Wolfgang Sarlet, “a ideia de ‘geração’, contudo, é equívoca, na medida em que dela se deduz que uma geração substitui, naturalmente, à outra, e assim sucessivamente” (SARLET, 2010, p. 142.). Com isso, este trabalho pretende manter a nomenclatura original dos autores citados, utilizando o termo ‘dimensão’ para expressar o pensamento do autor, porquanto, para Paulo Bonavides (BONAVIDES, 2006, p. 57), a última expressão não promove equívoco de linguagem. Contudo, André Ramos Tavares assevera que os direitos fundamentais não se encaixaram e apenas uma das dimensões, nem será possível estabelecer uma linha divisória estrita e precisa entre categorias individuais de direitos e categorias sociais ou de exercício coletivo (TAVARES, 2015, p. 351).

amigo que está obrigado a satisfazer as necessidades coletivas da comunidade”.
(Cunha Jr., 2011, p. 603.)

Dessa forma, a atmosfera política, social e econômica patrocinou a intervenção do Estado nas relações sociais e econômicas, nesse contexto, fundou-se o Estado do Bem-Estar Social (DANTAS, 2009, p. 171). A partir deste, foram adotadas medidas concretizadoras da denominada justiça social, que destinasse a execução de políticas públicas, com fulcro a assegurar a promoção da igualdade material no seio da sociedade (BONAVIDES, 2006, p. 564). Tratam-se de direitos fundamentais que pretendem uma realização material, expressos em bem ou serviço, prestados pelo Estado.

Por derradeiro, os direitos de solidariedade, conhecidos como de terceira dimensão, são elucubrações recentes, fruto das novas reivindicações decorrentes dos avanços tecnológicos, da busca incansável da paz social, da segurança, dos impactos ambientais, dentre outros (BULOS, 2011, p. 529.). Encerram direitos de titularidade coletiva ou transindividual, consagrando o princípio da fraternidade. Essa dimensão dos direitos fundamentais não possui *status* ou funcionalidade correspondentes, com base na teoria das funções dos direitos fundamentais.

Assim, é possível constatar que as modificações sociais, culturais e econômicas clamam por espaços de inovação que agreguem sentido e aplicabilidade aos direitos fundamentais. Para com isso, possibilitar a existência daqueles de forma dinâmica (Cunha Jr, 2011, p. 561), alcançando as relações mais prosaicas da contemporaneidade, sem desvirtuar a essência das normas assecuratórias da humanidade.

As questões que envolvem interesses coletivos alusivos à participação no patrimônio comum, à nova ordem de informação, ao direito à autodeterminação, bem como o direito ao patrimônio comum da humanidade, o direito à comunicação, o direito à paz (CANOTILHO, 2000. p. 380), serviram de lastro para a ideia acerca dos direitos fundamentais de terceira geração, ou seja, direitos transindividuais que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de uma pessoa ou um grupo social, mas de uma coletividade.

A resolução do conflito por meio da Justiça Restaurativa visa a construção de soluções para recompor o *status quo* infringido pelo delito, perseguindo a finalização ou atenuação dos traumas psicológicos e emocionais advindos daquele. O discurso restaurativo enfatiza e reforça a participação democrática das partes, assumindo, de fato, uma posição ativa nas discussões e nas tomadas de decisões, considerando-se a melhor forma de resolver o conflito em uma proposta de respeito aos direitos e garantias fundamentais. Assim, a Justiça Restaurativa se

coloca como uma modelo de oposição ao paradigma dominante de reação à delinquência (SANTOS, 2014, p. 156).

O paradigma emergente da justiça restaurativa representa uma alternativa para a maximização dos direitos fundamentais de terceira geração e ruptura do discurso punitivo/retribucionista. Neste sentido, este trabalho pretende analisar a possibilidade de reafirmação dos direitos fundamentais de terceira geração por meio das práticas restaurativas, tendo por subsídio análises bibliográficas, em livros, periódicos, revistas jurídicas e sites especializados.

As práticas restaurativas, desse modo, convidam o autor do delito, a vítima e a sociedade para o diálogo, a cooperação e a construção do respeito mútuo, desenhando um caminho solidário para o alcance da paz, diante à prática delituosa, reafirmando os direitos de solidariedade e fraternidade.

As gerações dos direitos fundamentais representam uma construção cultural em contínuo desenvolvimento, um marco na ruptura dos paradigmas da dogmática tradicional que não se excluem no tempo, pelo contrário, por se tratar de uma construção sócio-histórica, se complementam. Dessa forma, destaca Bonavides que “os direitos fundamentais passaram na ordem institucional a manifestar-se em três gerações sucessivas, que traduzem sem dúvida um processo cumulativo e quantitativo” (BONAVIDES, 2006, p. 563).

Na análise das normas constitucionais coletivas destacam-se a solidariedade e a fraternidade como centro epistemológico dos direitos fundamentais de terceira dimensão, do qual mostram-se responsáveis pela busca de uma aproximação de vínculos entre as pessoas e a tentativa de ajuda mutua entre os indivíduos, primando, com isso, por uma cultura de paz. Assim, solidária é a sociedade que não minimiza os indivíduos, fazendo com que porfie na consecução das metas de os segmentos ou grupos nela inseridos, promovendo o desejável equilíbrio entre os interesses, como destaca Manoel Jorge da Silva e Silva (SILVA NETO, 2011, p. 263).

Na ótica de Cláudio Alberto Gabriel Guimarães, pode-se afirmar que em relação aos direitos fundamentais de terceira geração estabelecidos no ordenamento jurídico, observa-se que um dos principais problemas está na efetiva aplicação e construção hermenêutica das normas garantidoras, sobretudo às relacionadas a conceituação de uma sociedade fraterna e solidária, bem como à concretização da paz entre as pessoas, em virtude das multiplicidades culturais e ideológicas (GUIMARÃES, 2008, p. 355).

Assim, as questões que envolvam a aplicação das normas constitucionais devem, sobretudo, atentar para a potencialização dos direitos com base na função social da norma em

conversação com a realidade social, respeitando as peculiaridades locais e culturais, para que haja a efetivação dos direitos fundamentais de terceira geração.

Com isso, necessário mencionar que a aplicabilidade dos direitos fundamentais de terceira geração está vinculada à leitura sistemática da Constituição e a sua interpretação a partir das reais necessidades da sociedade. Faz-se necessário mencionar que nos direitos constitucionais de terceira geração estão incluídos o direito a uma sociedade mais solidária, o direito à comunicação e à paz entre os povos, possui, de fato, vinculação direta com a proteção da vida de todos no planeta, incluindo-se as gerações atuais e futuras.

2. Direitos fundamentais de terceira geração a luz do modelo tradicional punitivo

Os direitos fundamentais de terceira geração destacam a proteção dos direitos coletivos com finalidade de alcançar a fraternidade, a comunicação e a paz entre as pessoas, essência que eleva a dignidade da pessoa humana e a emancipação da coletividade, o que defronta - em incompatibilidade - com a prática da justiça penal tradicional e de sua administração no Brasil, como única forma de resposta.

O modelo tradicional de direito penal realizado no Brasil é essencialmente retribucionista, desembocando em contínuas violações aos direitos humanos, colidindo, dessa forma, com princípios penais constitucionais que visam proteger, como por exemplo, o princípio da humanidade das penas. Luis Luisi assinala que:

É preciso, no entanto, não esquecer que através da pena a sociedade responde às agressões que sofre com o cometimento de um delito. E, como decorrência não se pode deixar de enfatizar que o indeclinável respeito ao princípio da humanidade não deve obscurecer a natureza aflitiva da sanção penal. (LUIZ, 2002, p. 50)

Brevemente, pode-se destacar que o direito penal incide em situações excepcionais. Logo, as cifras ocultas ou cifras negras refletem as lesões ao bem jurídico desconhecida pelo sistema penal. Assim, é hercúleo o alcance de uma cultura de paz, já que um sistema de punição que só atua em casos pontuais só pode ser considerado insuficiente por não abranger as diversas circunstâncias em que o crime é praticado, não possibilitando a resposta de maneira a redimir o conflito objetivo e subjetivo gerado com o crime.

O direito penal trata o conflito como “coisa”, de modo a não analisar os aspectos subjetivos, inerentes ao ser humano e sua dimensão moral e pessoal, que está por trás da desordem e violência em alguns casos, pois o seu atento punitivo focaliza em rotular fatos ou situações como criminosas e seus agentes como criminosos, esquecendo-se, muitas vezes, das vítimas e da própria comunidade atingida pelo delito.

O sistema penal não observa as partes envolvidas com as suas peculiaridades; mas, reduz a complexidade do delito, estabelecendo o ofensor e o próprio Estado como ofendido, na maioria dos casos. Note-se que a vítima é excluída do processo penal, não podendo demonstrar suas impressões ou acompanhar de perto a construção da resposta judicial ao delito. O sistema pressupõe que todas as vítimas possuem as mesmas necessidades, bem como apresentarão as mesmas reações. Assim, o sistema penal, coisifica, a um tempo, o drama de que se ocupa, o delito, e os seus protagonistas: ofensor e ofendidos (QUEIROZ, 2001, p 100).

De outra forma, salienta-se que o crime é uma construção do próprio sistema penal, de maneira que cabe a ele eleger o que é ou não é um bem jurídico relevante, além do mais, a criminalidade é uma realidade socialmente construída e o crime é o resultado da própria articulação do direito penal.

Ademais, o sistema penal tradicional, ao trabalhar em torno da culpabilidade individual, nega os impactos que o meio tem sobre o contexto de vida de cada indivíduo, intervindo sobre a pessoa, sem ao menos se importar com os fatores externos e subjetivos, além disso, descartando as circunstâncias sociais da comunidade local, as interações em grupo e os impactos que uma determinada localidade, por exemplo, e os reflexos do cometimento e a gravidade do delito para a mesma. Dessa forma, é válido assinalar que, segundo considerações de Alessandro Baratta, o direito penal age sobre as pessoas não sobre as situações (BARATTA, 1990, p. 29).

Explica Zaffaroni que o legislativo ao inflacionar a criminalização (tipificação) possibilita o aumento do arbítrio seletivo dos órgãos executivos do sistema penal (ZAFFARONI, 2001, p. 27). Para tanto, exerce um constante poder de vigilância controladora sobre toda a sociedade e, em especial, sobre os que supõe ser, real ou potencialmente, danoso para a hierarquia social (ZAFFARONI, 2001, p. 27). O direito penal tem uma função muito mais eficaz enquanto limitador do jus puniendi que garantidor da paz social.

O direito penal é atrasado porque não atua de imediato contra a ação do delinquente. É, portanto, uma atuação tardia. Enfim, o direito penal funciona tomando por base os efeitos da violência, não atuando sobre as causas que levam um indivíduo a cometer um delito. Discorre Paulo Queiroz que “O sistema penal intervém sobre efeitos e não sobre as causas da violência, isto é, sobre determinados comportamentos por meios dos quais se manifestam os conflitos propriamente ditos. É uma resposta sintomatológica, e não etiológica” (QUEIROZ, 2001, p. 105).

Diante do exposto, o direito penal caracteriza-se como um agente desencadeador de problemas sociais, entretanto, se pretende como ferramenta única para resolver conflitos penais.

A crítica ao sistema penal leva-nos a destacá-lo como uma máquina de reprodução da fragmentação social, distante, no campo prático, das finalidades dos direitos fundamentais de terceira geração.

3. O paradigma emergente da justiça restaurativa

A reflexão sobre a total falência do modelo tradicional punitivo, repleto de promessas de intimidação e ressocialização do delincente que não saíram do campo teórico, levou a busca de meios alternativos de resolução de conflito. As práticas restaurativas, proposta voluntária que busca aproximar autor e vítima do delito, fomenta, entre os verdadeiros protagonistas do conflito, iniciativas de solidariedade, cooperação, respeito e diálogo com o propósito de oferecer uma resposta diferente e mais adequada à criminalidade em prol de uma cultura de paz pautada em valores da coletividade.

O modelo restaurativo destaca o fortalecimento dos valores do convívio comunitário de forma que a finalidade está lastreada na reparação do dano causado pelo crime aos indivíduos e à própria comunidade.

O caminho a ser seguido, no acordo entre as partes, está delimitado pelos valores restaurativos. Braithwaite apresenta os valores vitais do processo restaurativo, caracterizados por uma inafastabilidade (BRAITHWAITE, 1999, p. 8-13), haja vista estarem em consonância com princípios fundamentais defendidos pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, que devem ser inevitavelmente respeitados e até mesmo impostos (*constraining values*) para prevenir que o processo se torne opressivo (PALAMOLLA, 2009, p 62).

O autor destaca o valor da não dominação, do empoderamento, da obediência aos limites máximos estabelecidos legalmente como sanção, a escuta respeitosa, a preocupação igualitária com todos os participantes, o poder de escolha entre o processo penal tradicional ou o processo restaurativo. Nesse sentido, formas alternativas ao sistema tradicional de justiça para lidar com o conflito não podem ser chamadas de justiça restaurativa caso não englobe estes valores substanciais.

Uma análise quando ao propósito da justiça restaurativa tem, como ponto principal, a redefinição do delito como algo que lesiona tanto às pessoas quanto às relações interpessoais, oportunizando aos sujeitos que sofreram com a ação delituosa externarem, de fato, a sua vontade e construir a melhor solução para resolver o conflito. O objetivo da Justiça Restaurativa está voltado, portanto, para a conciliação e reconciliação entre autor e vítima do delito, à resolução do conflito, a reconstrução dos laços rompidos pela prática do delito, assim

como, a prevenção da reincidência e à responsabilização a fim de recompor o dano causado pela infração, entre outros.

4. As práticas restaurativas como via de maximização dos direitos fundamentais de terceira geração.

Dentre as diversas formas de manifestação da justiça restaurativa, por meio de técnicas e práticas, se encontram as conferências de família, os círculos restaurativos e a mediação penal. A tendência é que as diferenças entre os procedimentos práticos da justiça restaurativa desapareçam, haja vista que os valores e princípios devem ser otimizados, levando em conta às circunstâncias e o contexto sociocultural em deslinde.

As conferências de família (PALLAMOLLA, 2009, p. 117), geralmente, são desenvolvidas com a participação da vítima, do ofensor e por membros da coletividade que apoiam às partes enquanto membros da sociedade (família, amigos e partidários) (TIVERON, 2009, p. 40). Denota-se que esse procedimento, em regra, ocorre para crimes de menor potencial ofensivo e podem ser aplicados em vários momentos do processo penal. Os participantes, na conferência de família, dialogam sobre o crime, suas implicações e de que forma aquele pode ser superado e resolvido.

Os círculos restaurativos, outrossim, podem ser utilizados na resolução de crime de pequeno, médio e grave potencial ofensivo (PALLAMOLLA, 2009, p. 119). Este geralmente é utilizado na fase de execução da pena (TIVERON, 2009, p. 40), minorando seus efeitos – em regra, privativa de liberdade -, emancipando vítima e ofensor através do diálogo e da participação de programas que investem na cultura da não violência.

A mediação também é um mecanismo de realização da justiça consensual. Considerada a mais difundida forma de resolução consensual de conflitos, caracteriza-se como método secular de resolução dos conflitos sociais das sociedades tribais da África e da América Latina pré-colonial (SICA, 2007, p. 57-69).

As práticas restaurativas ocorrem de diversas formas, de maneira que não existe um modelo específico de Justiça Restaurativa, devido ao caráter de mutabilidade das culturas regionais. Assim, podemos destacar alguns como exemplo: os círculos restaurativos, a conferência de famílias, a mediação entre vítima e ofensor, entre outros. Nesse sentido, com a diversidade das práticas restaurativas não é necessário optar por uma prática já consolidada em determinada comunidade, sendo possível adaptar uma prática restaurativa ao contexto sócio cultural demandado por cada caso (PALLAMOLLA, 2009, p. 106).

Afirma Rodrigo de Azevedo que:

A idéia de uma justiça restaurativa aplica-se a práticas de resolução de conflitos baseadas em valores que enfatizam a importância de encontrar soluções para um mais ativo envolvimento das partes no processo, a fim de decidirem a melhor forma de abordar as consequências do delito, bem como as suas repercussões futuras (AZEVEDO, 2005, p. 136)

A prática restaurativa apresentada por meio dos círculos restaurativos, também conhecidos como *peacemaking circles* ou *community circles* tem o objetivo reintegrador e participativo do autor, da vítima e da comunidade com a finalidade de cura das relações, possibilidade de arrependimento do autor do delito, levando, conseqüentemente, a pacificação social. A paz em toda comunidade caminha paralelamente com o objetivo dos direitos fundamentais de terceira geração, haja vista a sua ênfase na paz entre os povos. Dessa forma, o processo restaurativo serve de ferramenta impulsionadora para maximização dos direitos transindividuais, ou seja, a justiça restaurativa é um modelo de reação ao delito que potencializa os direitos fundamentais de terceira dimensão.

A justiça restaurativa assume uma função pacificadora, pois visa reparar as relações entre as partes envolvidas no conflito e a comunidade, dar poder de deliberação pautado na autonomia da vontade, empoderando e aproximando os vínculos entre autor e vítima, o quê, em verdade, enaltece a busca pela paz. Nesse ponto de vista, destaca Cláudia Cruz Santos:

Um modo de responder ao crime (e, nessa medida, como uma pluralidade de práticas associadas a uma pluralidade de teorias agrupadas em função de uma certa unidade) que se funda no reconhecimento de uma dimensão (inter)subjéctiva do conflito e que assume como função a pacificação do mesmo através de uma reparação dos danos causados à(s) vítima(s) relacionada com uma auto-responsabilização do(s) agente(s), finalidades estas que só logram ser atingidas através de um procedimento de encontro, radicado na autonomia da vontade dos intervenientes no conflito, quer quanto à participação, quer quanto à modulação da solução. (SANTOS, 2014, p 304,305.)

Segundo Afonso Konze, a participação de todos, direta ou indiretamente afetados pelo conflito, traz benfeitorias que realça o senso de solidariedade e fraternidade, a saber:

O benefício ao ofendido e ao ofensor pelo despertar do sentimento de pertencimento a uma comunidade de cuidados, algo que a presença ampliada estimula e simboliza; ii) a instituição do controle informal do respeito ao ofensor e, em consequência, a diminuição do risco da reincidência, na medida que ser considerado poderia ser fator decisivo para a interdição da conduta violenta; iii) a revitalização da própria comunidade e o restabelecimento da paz social abalada. (KONZEN, 2007, p. 88.)

A mediação entre vítima e ofensor, uma das práticas restaurativas mais utilizadas, almeja viabilizar o diálogo entre o autor, vítima do delito e membros da comunidade, pautando-se pelo estímulo a comunicação, o que nos leva a uma análise sobre a efetivação de direitos fundamentais de terceira geração. A aproximação dos vínculos entre as partes marcado pelo respeito e o consenso, acompanhadas por um facilitador, estimula, sem dúvida, a comunicabilidade em prol de objetivos comuns. Fato que serve de meio hábil para o

encorajamento social e deliberações coletivas, universal, fomentando, de fato, a participação democrática.

Com tudo isso, há de se destacar que os direitos fundamentais de terceira geração, de acordo com o entendimento de Paulo Bonavides, incorporam um conteúdo de universalidade assentados sobre a fraternidade e solidariedade (BONAVIDES, 2008, p. 02). Nesse aspecto, apontam uma reflexão sobre os temas referentes ao desenvolvimento, à paz, à comunicação, bem como ao patrimônio comum da humanidade, fato que é reafirmado nas práticas restaurativas entre autor e vítima do delito, haja vista a ampliação do espaço democrático, o destaque dado ao respeito e ao diálogo ente as partes e a busca incessante da paz e da harmonia social (BONAVIDES, 2007, p. 38).

Assim, a Justiça restaurativa vivifica, no plano concreto, o respeito aos direitos humanos inerentes à coletividade, demandando a participação intensa dos cidadãos, enfatizando a solidariedade, a comunicação e a paz social entre os povos. A sua aplicação demonstra que é a via prática e efetiva para reafirmação dos Direitos fundamentais de terceira geração, o melhor caminho a ser traçado.

O discurso jurídico da sanção estatal deve estar alinhado aos direitos fundamentais, o que significa dizer que devem ser passíveis de ponderação e proporcionalidade levando em conta a máxima efetividade e mínima restrição nos direitos do sancionado, o que se efetivará ao dotar-se o ordenamento jurídico de instrumentos criativos e variado, adequando-se aos casos concretos. (SANTANA, 2013, PP. 133-166)

A terceira dimensão de direitos fundamentais acresce aos interesses do ser humano, frente aos impactos da diversidade cultural e da globalização que progridem no seio das sociedades contemporâneas. Estes direitos, segundo Dirley da Cunha Jr., se destinam à proteção dos seres humanos em coletividade social (CUNHA JÚNIOR, 2011, p. 608).

Paulo Bonavides, assim, propõe o direito à paz, como direito de quinta geração. No entanto, o autor dá relevância jurídica à paz, como requisito da existência humana, ou seja, elemento fundamental da preservação das espécies. Com isso, a paz (BONAVIDES, 2007, p. 38-39), enquanto direito, revela a relevância interpretativa e jurídica deste conceito na aplicação das normas jurídicas.

Ao consagrar o direito à paz, como direito natural das organizações sociais, presente no estado de natureza, do contratualismo de Rousseau, ou que restara silencioso como axioma Kantiano, a paz invocada no contexto constitucional, “enquanto caráter universal e agregador da sociedade, a harmonia étnica de todas as culturas e sistemas” (BONAVIDES, 2008, p. 91-92) viabilizando a alteridade contra majoritária, a persecução de meios de solução de conflitos que tenham por escopo a própria pacificação da sociedade.

O direito, desse modo, deve conjecturar os meios mais efetivos de preservar e instituir a pacificação social no âmbito interpretação e da aplicação das normas, bem como, dar substrato concreto à paz (BONAVIDES, 2008, p. 90). De acordo com Bonavides, a busca da paz é um valor que não pode ser afrontado, mas sempre refletido, sob pena de se aviltar à própria preservação física e cultural do humano (BONAVIDES, 2008, p. 91-92).

Assim, a ineficiência do direito penal na manutenção e busca da paz social reclama um novo olhar sobre a realização da justiça punitiva, na qual os conceitos jurídicos devem ser interpretados sob o paradigma dos direitos fundamentais, no contexto social que vivemos com a finalidade da pacificação social. Já se viu que a prisão e o direito penal não são os meios mais eficientes de preservar os valores e bens jurídicos mais caros às pessoas e à coletividade. Afinal, as técnicas dinâmicas da restauração pretendem a efetivação da pacificação social e, por consequência, a concretização dos direitos fundamentais de terceira dimensão.

Destarte, leva-se a acreditar que, bem utilizados os princípios que regem as práticas restaurativas, a opção de resolução de conflito pela via consensual dialoga perfeitamente com os direitos e garantias fundamentais, já que o diálogo mantido entre a vítima, o ofensor e a comunidade reflete a ampliação do espaço democrático defendida pela constituição cidadã. Logo, a vítima, o infrator e a comunidade se apropriam de significativa parcela do processo decisório, na busca compartilhada da pacificação e transformação, mediante uma reanálise construtiva do conflito, numa vivência restauradora.

Na lição de Sica:

Reintroduzir a vítima no processo de resolução dos problemas derivados do crime, dando-lhe voz e permitindo-lhe reapropriar-se do conflito, é um provimento relegitimante, que restabelece a confiança da coletividade no ordenamento mui mais do que a ilusão preventiva derivada da cominação da penal, além de afastar o direito penal do papel de vingador público. (SICA, 2007, p. 5)

A falta de formas efetivas de resolução do conflito interno de relação, solução dos conflitos penais e do reconhecimento emocional de valores coletivos reflete a ênfase dada pelo Estado à cultura de litígio em detrimento à cultura de paz. Realidade afastada dos princípios e alicerces regentes de um Estado Democrático de Direito.

5. Considerações finais

A proteção a direitos transindividuais como à comunicação, à paz e a cooperação entre os povos decorre da necessidade de proteção a bens jurídicos que afetam a toda coletividade, ou seja, salvaguarda ativa dos interesses tanto do autor, como da vítima e da sociedade, assegurando, assim, a plena incidência na construção de garantias amparadas pela Constituição.

A Justiça restaurativa, como meio alternativo à resolução de conflito penal, destaca o teor humanístico de assistência à vítima e ao autor do delito, haja vista o foco nos direitos humanos, de maneira que o objeto da Justiça Restaurativa está nas consequências do crime e nas relações sociais afetadas pela conduta criminosa. Incentiva, todavia, a comunicação, a solidariedade e a paz entre as partes, contribuindo, de forma preventiva, para a sociedade.

Nesse contexto, a preocupação principal não está no crime, mas, sim, nas consequências do fato criminoso para o sujeito, bem como nas relações impactadas. A Justiça Restaurativa prima pela superação da filosofia do castigo, oportunizando, no caso concreto, a ampliação do espaço democrático, participação e deliberação, bem como a diminuição do caráter aflitivo da resposta penal.

É notório que os Direitos fundamentais de terceira geração incorporam um conteúdo de universalidade assentados sobre a fraternidade e solidariedade, apontando uma reflexão sobre os temas referentes ao desenvolvimento, à paz, à comunicação, bem como ao patrimônio comum da humanidade, fato que é reafirmado nas práticas restaurativas entre autor e vítima do delito, haja vista a ampliação do espaço democrático e busca incessante da paz e da harmonia social. Caminho que melhor reflete a maximização dos preceitos constitucionais defendidos por um Estado Democrático de Direito.

6. Referencias

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. **O paradigma emergente em seu labirinto: notas para o aperfeiçoamento dos Juizados Especiais Criminais**. In: WUNDERLICH, Alexandre e CARVALHO, Salo de (orgs.). **Novos diálogos sobre os Juizados Especiais Criminais**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005.

BARATTA, Alessandro. **Funções instrumentais e simbólicas do direito penal**. Lineamentos de uma teoria do bem jurídico, trad. da revisão do original italiano por Ana Lúcia Sabadell. Universidade de Saarland, Alemanha, 1990.

BONAVIDES, Paulo. **A quinta geração de direitos fundamentais**. Revista Direitos Fundamentais e Justiça, n. 3, p. 91-92, Abr, 2008. Disponível em: <http://dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/3_Doutrina_5.pdf>. Acesso em: 10 Abr 2016.

_____. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. atual. São Paulo, SP: Malheiros, 2006.

BRAITHWAITE, John. **Restorative Justice: Assessing optimistic and pessimistic accounts**. A review of research. Chicago: University of Chicago Press, n° 25, 1999.

Brito, Edvaldo. **Reflexões jurídicas da atuação de estado no domínio econômico: o desenvolvimento econômico e bem-estar social**, 1982, p.19.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 6^a ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e a teoria da Constituição**. 4^a Ed, Coimbra, Almedina, 2000. p. 380.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. Salvador, BA: JusPODIVM, 2011.

- DANTAS, Miguel Calmon. **Constitucionalismo dirigente e pós modernidade**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- GUIMARÃES, Claudio Alberto Gabriel. **A dogmática jurídico-penal em questão: possibilidades e limites no século XXI**. In: EL HIRECHE, GamilFoppel. *Novos desafios do direito penal no terceiro milênio: estudos em homenagem ao Prof. Fernando Santana*. Rio de Janeiro, RJ :Lumen Juris, 2008.
- KONZEN, Afonso Armando. **Justiça restaurativa e ato infracional: desvelando sentidos no itinerário da alteridade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 88.
- LUIZ, Luise. **Os Princípios Constitucionais Penais**. Safe. 2ª Edição. 2002.
- MASTRODI, Josué. **Direitos sociais fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- PALAMOLLA, Rafaella da Porciuncula. **Justiça Restaurativa: da teoria à prática**. São Paulo: IBCrim, 2009.
- _____. **Justiça Restaurativa: Novo Mecanismo de Administração de Conflitos Criminais**. Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, Faculdade de Direito, PUCRS. Disponível em: <
<http://www.pucrs.br/edipucrs/online/IIIImostra/CienciasCriminais/62475%20-%20RAFFAELLA%20DA%20PORCIUNCULA%20PALLAMOLLA.pdf> > acesso em: 20 fev 2017.
- QUEIROZ, Paulo. **Funções do Direito Penal: Legitimação versus deslegitimação do sistema penal**. Belo Horizonte, Del Rey, 2001.
- SANTANA, Selma Pereira de; BANDEIRA, Rafael Cruz. **A Justiça Restaurativa como via de legitimação da punição estatal e redução de seus paradoxos sob ótica da Teoria da Argumentação**. Portimão, JURISMAT: n.º. 3, 2013.
- SANTOS, Cláudia Cruz. **A Justiça Restaurativa. Um modelo de reacção ao crime diferente da Justiça Penal. Porquê, para quê e como?** 1ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2014.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. rev., ampl. e atual. 2ª tiragem . Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- SICA, Leonardo. **Justiça Restaurativa e Mediação Penal. O novo Modelo de justiça criminal e de gestão do crime**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- SILVA NETO Manoel Jorge. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª edição, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.
- TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 13. ed., rev. e atual. São Paulo, SP: Saraiva, 2015.
- TIVERON, Raquel. Promover justiça com perdão e alteridade: a proposta da justiça restaurativa. **Universitas/Jus**, Brasília, D. F., n. 19 , p. 40, jul. 2009.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. 5 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.
- _____. **O inimigo no Direito Penal**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.