

**UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA “JÚLIO DE MESQUITA FILHO”
FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS**

EULLER XAVIER CORDEIRO

A PARTICIPAÇÃO DA VÍTIMA NO PROCESSO PENAL

FRANCA

2014

EULLER XAVIER CORDEIRO

A PARTICIPAÇÃO DA VÍTIMA NO PROCESSO PENAL

Dissertação apresentada à Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” como pré-requisito para obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Sistemas normativos e fundamentos da cidadania.

**Orientadora: Prof.^a Dr.^a Marisa Helena D’Arbo
Alves de Freitas**

FRANCA

2014

Cordeiro, Euler Xavier.

A participação da vítima no processo penal / Euler Xavier Cordeiro. – Franca : [s.n.], 2014

196 f.

Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Estadual Paulista. Faculdade de Ciências Humanas e Sociais.

Orientador: Marisa Helena D'Arbo Alves de Freitas

1. Direito Penal. 2. Criminologia. 3. Vitimologia. 4. Processo penal. I. Título.

CDD – 341.53327

EULLER XAVIER CORDEIRO

A PARTICIPAÇÃO DA VÍTIMA NO PROCESSO PENAL

Dissertação apresentada à Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” como pré-requisito para obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Sistemas normativos e fundamentos da cidadania.

BANCA EXAMINADORA

Presidente: _____
Prof.^a Dr.^a Marisa Helena D’Arbo Alves de Freitas

1º Examinador: _____

2º Examinador: _____

Franca, ____ de _____ de 2014.

AGRADECIMENTOS

À Deus, sempre grandioso e amoroso em guiar seus filhos. Nós destes o precioso dom da vida, e dádiva de vivermos em comunhão com os santos, ainda que fôssemos pobres pecadores.

À minha família; minha mãe e ao meu pai por me apoiarem sempre, à minha irmã e ao meu cunhado. Obrigado a todos vocês pelo carinho e compreensão.

À Juliana, namorada, amiga, parceira e companheira do começo ao fim, com quem pude desfrutar todos os sabores desse mestrado dos doces aos mais amargos.

Dentre tantos acontecimentos que a providência divina proporcionou encontrar e reencontrar alguns amigos foi a melhor coisa que poderia ter acontecido, sendo sem dúvidas uma dádiva.

Agradeço à convivência com pessoas maravilhosas. Os companheiros de república (casa de família na verdade), Vinicius Reis Barbosa (Vini) amigo e companheiro de mestrado, exemplo de dedicação aos estudos, companheiro de sabores do mestrado; Leonardo Henrique Gomes Rodrigues, (Léo), Zé, como foi bom conhecer você, parceiro, amigo. Levarei para sempre no coração a convivências com vocês.

Uma das mais gratas surpresas do mestrado foi conhecer essas duas mulheres de coragem, de amor, de amizade, sinceras, leais que estão entre aquelas pessoas que raramente conseguem amar o mundo e a humanidade de forma genuína: Júlia Lenzi e Silva (Jurema) e Taylisi Leite Côrrea, obrigado por todo amor, carinho dedicação.

Jurema, obrigado pelo carinho, amor, respeito e pelo diálogo fraternal de irmãos que temos.

Tay, fonte de inspiração, amor e autenticidade.

Como (casa de família) que tínhamos em Franca, sempre haviam os convidados. Entre os mais diletos e presentes seja em pessoa ou em nossos corações agradeço com convívio com vocês, Plínio Maciel Machado, meu amigo, meu irmão onde eu estiver sempre haverá espaço para você, sei que a recíproca é verdadeira. Roberto Moreira Júnior (Junin), obrigado pelas conversas, pelos UFCs, partidas de futebol e pela sempre ótima companhia.

Agradeço aos nossos visitantes das capitais: Luis Henrique Domingues, Pablo Muriel Peña Castellon, Luíz Guaranésia Filho (Guará) cada visita de vocês nossos corações eram nutridos. Aos visitantes “francanos” Vinícius Barbosa Araújo (Nando), amigo querido da graduação e do mestrado. Athanis Molais (Grego) e a todos que moravam na casa verde Roberto Galvão Falleiros (Rob), Mozart, Fiuk, José Roberto Porto (Jebá), obrigado.

Aos não menos importantes amigos de Araçatuba Caio Cesar Ferraz (Caito) e William Henrique dos Santos (Samba) Fábio Lucena Baptista (Ace) que sempre compreenderam as necessárias ausências, mas que se fizeram presentes nos momentos de dificuldade.

Ao professor Paulo Cesar Côrrea Borges, para além do comprometimento com que conduz a coordenação do Programa de Pós-graduação em Direito, propiciando condições para o crescimento da pesquisa científica de qualidade desde a barranca do Rio Grande; os agradecimentos não poderiam ficar somente, também, para a sua contribuição e qualidades teóricas, mas também pelo seu apoio me ombreando quando necessário.

À minha orientadora Professora Marisa Helena D’Arbo Alves de Freitas por apontar alguns caminhos, por proporcionar uma das maiores felicidades em minha vida, que foi entrar no mestrado na Unesp, agradeço por todo o tempo despendido na orientação e correções das minhas incoerências dogmáticas e teóricas.

Agradeço a todos os professores nos fazem superar nossas limitações e nos proporcionam novos horizontes na eterna caminhada que a Ciências Jurídicas proporcionam em especial os professores Fernando Andrade Fernandes e ao professor Antônio Alberto Machado.

A professora Elisabete Maniglia primeira matéria cursada na pós-graduação que demonstrou que nossas concepções de mundo irrompem em compreensões sobre o direito.

À FAPESP, pela bolsa concedida que proporcionou os aportes necessários para a pesquisa.

Finalmente mas não menos importante, à UNESP, universidade que nutro imenso amor de modo que agradeço a toda comunidade unespiana, em especial nossa querida bibliotecária, Laura Jardim, exemplo de dedicação e carinho para com os alunos.

*"Sonho que se sonha só é só um sonho.
Mas sonho que se sonha junto torna-se realidade".
D. Hélder Câmara.*

CORDEIRO, Euler Xavier. **A participação da vítima no processo penal.** 2014. 196 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2014.

RESUMO

A presente dissertação tem por objetivo pesquisar o tema da participação da vítima no Processo Penal. O Sistema Penal encontra-se notadamente voltado para o crime e o criminoso, contudo essa ideia tem perdido espaço frente aos novos estudos da vitimologia que pondo à tônica a valorização da vítima na dogmática jurídico penal tem contribuído para que a política criminal antes voltada exclusivamente a ressocialização do autor, volte-se, agora também, para uma maior participação da vítima no Processo Penal. Nesse sentido, a presente dissertação tem por escopo estabelecer qual o alcance e as possibilidades de inclusão da vítima no âmbito do Processo Penal, para tanto parte de uma investigação de algumas teorias criminológicas, como o minimalismo penal e o abolicionismo penal. Adotando-os, assim, enquanto referencial teórico há possibilidade de análise da vítima como consequência destas abordagens. A investigação estabelecida permite demonstrar de que modo os princípios garantistas do processo penal, não sejam olvidados em favorecimento de uma pretensa celeridade e melhor composição do litígio penal. Em verdade, a inclusão da vítima no Processo Penal não ocorre somente como manifestação de uma necessidade de técnica de aceleração deste processo. A compreensão e inclusão da vítima no processo penal, como perspectiva de estudo, tem por fundamento duas construções; primeiramente, dentro dos mecanismos de resolução do conflito tendentes aos modelos consensuais de justiça; e, por outro lado, na participação da vítima no Processo Penal que ocorre em razão de seu direito fundamental à reparação dos danos.

Palavras-chave: processo-penal. vítima. sistema-penal. vitimologia. reparação do dano.

CORDEIRO, Euller Xavier. **The participation of victim in criminal procedure**. 2014. 196 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2014.

ABSTRACT

This dissertation aims to research the topic of participation of victims in the Criminal Procedure. The Penal System is visibly focused on crime and criminal, however, this idea has lost ground against new studies of victimology that emphasize the victim participation in the criminal law dogmatic and have contributed for the criminal policy aimed exclusively before reintegrating author also turns now to a greater participation of victims in the Criminal Procedure. Thus, the present work has the purpose to establish what is the range and possibilities of inclusion of the victim under the Criminal Procedure, so come up with an investigation of criminological theories, such as minimalism criminal and penal abolitionism. Considering them as a theoretical is possible to analyze victim as a result of these approaches. The investigation established allows demonstrating how the rights principles in criminal proceedings, are not forgotten favoring alleged agility and better composition of criminal litigation. In fact, the inclusion of victims in the Criminal Procedure does not only occur as a manifestation of the need for technical of process acceleration. The understanding and inclusion of victims in criminal procedure, as a perspective study, is based on two ideas; first, within the mechanisms of conflict resolution aimed at consensual models of justice; and, on the other hand, participation of victims in the criminal process that occurs because of their fundamental right to compensation for damage.

Keywords: process-criminal. victim. criminal system. victimology. damage reparation.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 VITOMOLOGIA E SISTEMA PENAL	15
2.1 Direito Penal e a vítima: uma aproximação sociojurídica	15
2.2 Consequências da expropriação do conflito: a vitimização secundária	28
2.3 Contributo vitimológico para ciências criminais	40
3 O PRINCÍPIO VITIMOLÓGICO E SUA FUNDAMENTAÇÃO PARA O PROCESSO PENAL	60
3.1 Limites políticos criminais de atuação do Estado-função do Direito Penal e Processo Penal em unidade funcional	60
3.1.1 Fundamentações criminológicas	77
3.1.2 Fundamentações filosóficas.....	97
3.2 Instrumentalidade garantista (insuficiência)	102
4 JUSTIÇA CONSENSUAL E VITIMOLOGIA	109
4.1 Diversificação e o Princípio da Oportunidade	109
4.1.1 Lei n. 9.099/95 e as medidas despenalizadoras: a) composição civil, b) representação, c) suspensão condicional do processo e d) transação penal.....	119
4.2 Justiça Restaurativa	137
4.3 A participação da vítima decorrente do direito a reparação do dano	150
4.3.1 A reparação do dano como pena.....	151
4.3.2 A reparação do dano e modelo da terceira via.....	152
4.3.3 O modelo dos fundos estatais	153
4.4 A reparação do dano no sistema brasileiro	156
5 A VÍTIMA NO PROCESSO PENAL	164
5.1 A participação da vítima no processo de iniciativa privada	164
5.2 A participação da vítima no processo de iniciativa pública	167
5.3 A recentes alterações de valorização da vítima na dogmática processual penal	171
5.4 A vítima e o projeto do novo CPP	175

CONSIDERAÇÕES FINAIS.....181

REFERÊNCIAS187

1 INTRODUÇÃO

A participação da vítima no processo penal encontra-se no bojo do atual “movimento” de “redescoberta da vítima” nas ciências criminais. Esta inclusão deve ser vista como consequência do exercício da tutela jurisdicional no âmbito da justiça penal, sendo levado a termo em primeiro momento pelo direito penal, que tem por escopo delimitar os bens jurídicos essenciais os quais serão protegidos e as funções que este exerce no sistema penal. Ao processo penal cabe oferecer os meios e os caminhos para a materialização do direito penal, ou seja, *ius puniendi* é realizado pela conjugação desses dois ramos do direito.

Uma definição como a acima mencionada diz muito pouco a respeito da verdadeira unidade que deve haver entre o processo penal e o direito penal. Nessa definição visualiza-se somente o caráter instrumental do processo em detrimento da instrumentalidade. Separar o processo em seu caráter instrumental e sua instrumentalidade significa dizer que, no primeiro caso, ele é instrumento para se chegar a determinados fins dentro do sistema no qual é posto, a instrumentalidade do processo, por sua vez, significa dizer que esses fins são políticos, éticos e sociais.

O processo deve funcionar para solucionar os conflitos penais e viabilizar a participação política, constituindo, assim, um mecanismo de afirmação dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo, com a observância de princípios e valores indispensáveis à concretização da dignidade humana.

Para fundamentar a participação da vítima no processo penal, primeiramente, no Capítulo 2 foi realizada uma análise pela qual se pretendeu sair do lugar comum da mera retomada dos institutos históricos que de alguma forma ensejavam na participação da vítima. Realizou-se, também, uma análise com olhar vitimológico acerca das consequências da expropriação do conflito, por parte do Estado e, posteriormente, tentou-se estabelecer as contribuições que uma abordagem vitimológica pode representar para as ciências criminais.

Dando continuidade para o embasamento da vítima no processo penal, no Capítulo 3 realizou-se uma apreciação sobre os limites e fundamentos do sistema penal, para tanto, utilizamos de construções doutrinárias de autores minimalistas e abolicionistas. É notório, como se verá no decorrer da presente dissertação uma enorme rejeição de algumas linhas de pensamentos sobre qualquer forma de participação da vítima no processo penal. Para ilidir tal linha de raciocínio, tentou-se estabelecer uma

abordagem filosófica enquanto justificativa para a inclusão da vítima no processo penal, seja nas concepções consensuais de justiça ou no seu direito de participar do evento decisório em juízo.

No Capítulo 4 é o loco, por excelência, em que se percebe com maior nitidez um dos modos de participação da vítima no processo penal, por meio do chamado modelo de justiça consensual. Nesse Capítulo, duas abordagens importantíssimas foram realizadas: o modelo consensual de justiça proporcionado pela Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais e o modelo de Justiça Restaurativa

Tem-se outorgado um maior prestígio da vítima, outros diriam, até mesmo, um retorno dela as ciências criminais de forma a conceder a esta mecanismos de maior participação processual, representados pelos vários modelos de diversificação processual, bem como tornar a reparação do dano como elemento intrínseco ao processo penal.

No Capítulo 5, e último, foi abordado à questão da participação da vítima no processo penal propriamente dito, tendo primeiramente seu direito a participação derivado de seu direito fundamental a reparação do dano, e também como materialização de seu direito fundamental de participação como ser humano que sofre as consequências do fato delituoso e é afetado pelo provimento jurisdicional. Ainda nesse último Capítulo, observaram-se as recentes alterações legislativas no que concerne a valorização da vítima na dogmática processual penal não só para compatibilizar o processo penal com a Carta Constitucional.

O núcleo básico para fomentar a participação da vítima no processo penal, isto é, o lugar de partida deste processo penal, outro não pode ser senão um determinado conceito de Estado e consequentemente de direito processual penal que informa este Estado.

Nesse sentido, e cogente estabelecer de qual modelo de Estado que informa o processo penal que ensejará a participação da vítima. São diversos os autores que informam esta consequência, qual seja, de que a cada modelo de Estado se informa um modelo de processo penal.¹

A Constituição Federal de 1988 em seu art. 1º, assim declara: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito.

¹ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2005. p. 21; GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 27.

Seja no campo do direito penal ou processual penal, qualquer valoração dogmática deverá considerar a vítima sob a perspectiva dos princípios do Estado Democrático de Direito.

O Estado Democrático de Direito pode ser compreendido a partir da concepção de seus paradigmas anteriores. O Estado Absolutista, o Estado Liberal de Direito e o Estado Social.

O modelo de Estado Absolutista foi superado pelo de Estado de Direito. Neste modelo de Estado, destacam-se características como a submissão ao império da lei como produto da atividade do Poder Legislativo; a divisão dos poderes que separe de forma independente e harmônica os poderes Executivo, Legislativo e o Judiciário, como técnica de assegurar a produção das leis ao segundo e a independência e imparcialidade do último em face das demais e das pressões dos poderosos particulares. Este modelo de Estado também enuncia os chamados direitos e garantias individuais em face ao Estado, alguns constitucionalistas chamam esse modelo de Estado como responsável pela elaboração dos direitos humanos de primeira geração.² Não é de se estranhar o fato que neste modelo de Estado, o poder Legislativo consegue prevalência frente aos demais poderes.

As crises provocadas pelo modelo de Estado Liberal irromperam em profundas lutas sociais as quais visaram a conquistas de direitos sociais, como o direito ao voto, ao lazer, a greve, a educação etc. Importante notar que a mudança de paradigma de Estado com acréscimo do qualificativo social quer com isso a correção do individualismo clássico liberal através da afirmação dos direitos sociais e da realização de objetivos de justiça social. É a configuração do Estado Social de Direito como *Welfare State*.³

Habermas aponta que a superação de um modelo do Estado Social ocorreu em razão de sua função iminentemente paternalista, em que o Estado ao organizar suas políticas públicas compensatórias o faz de modo extremamente vertical sem a devida participação dos realmente envolvidos, sem proporcionar que estes articulem e fundamentem aspectos os quais consideram importantes para suas demandas.⁴

Habermas denuncia problemas encontrados nessas duas matrizes, o individualismo acentuado do modelo de Estado Liberal, e a falta de diálogo e de formas procedimentais de

² SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 113.

³ DÍAZ, Elías. **Estado de derecho y sociedad democrática**. Madrid: EDICUSA, 1975. p. 96.

⁴ Cf: HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro: estudos de teoria e política**. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002. p. 297.

expressão no Estado Social. A partir dessas críticas reconhece a existência de um terceiro modelo, propondo o modelo procedimentalista do Estado Democrático de Direito. Observando que:

O paradigma procedimentalista do direito procura entender, antes de tudo, as condições de procedimento democrático. Elas adquirem um estatuto que permite analisar, numa outra luz, os diferentes tipos de conflitos. Os lugares abandonados pelo participante autônomo e privado do mercado e pelo cliente de burocracias do Estado social passam a ser ocupados por cidadãos que participem dos discursos políticos, articulando e fazendo valer interesses feridos, e colaboram na formação de critérios para o tratamento igualitário de caos iguais e para tratamento diferenciado de casos diferentes.⁵

Isso com fundamento na sua teoria da ação comunicativa que afirmar que:

Tudo depende, portanto, das condições de comunicação e procedimento que conferem força legitimadora à formação institucionalizada da opinião e da vontade. O terceiro modelo de democracia que me permito sugerir baseia-se nas condições de comunicação sob as quais o processo político supõe-se capaz de alcançar resultados racionais, justamente por cumprir-se, em todo o seu alcance, de modo deliberativo.⁶

Logo o processo penal deve ser compreendido à luz desse modelo de Estado, Estado Democrático de Direito que pressupõe a participação popular. Na evolução do relacionamento entre indivíduo-Estado, houve a necessidade de estabelecerem-se normas que garantissem os direitos fundamentais do ser humano contra o arbítrio do Estado. O processo penal não é apenas um instrumento técnico, mas também, um vetor que reflete os valores políticos e ideológicos de um Estado.

Seja no campo do Direito Penal ou Processual Penal, qualquer valoração dogmática deverá considerar a vítima sob a perspectiva dos princípios do Estado Democrático de Direito.

O processo não pode ser visto fora da Constituição, como mera condição de um sistema procedimental, contido nos códigos e leis extravagantes de livre manejo instrumental da jurisdição judiciária como quer os adeptos dos que adotam o processo como relação jurídica. Na atualidade, só existe processo como instituição jurídica constitucionalizada ou como instituição criada pelo ordenamento jurídico fundamental das sociedades políticas

⁵ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 2. p. 183.

⁶ Id. **A inclusão do outro**: estudos de teoria e política. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002. p. 286.

nacionais ou da supranacionalidade. A rigor a norma que não é fundamentada institucional-processual não é norma de direito processual, mas sim de direito procedimental.⁷

Com efeito, frente essa constitucionalização do processo penal a participação da vítima demonstra-se necessário que tal participação ocorra tendo por meta sua necessária adequação à persecução penal brasileira que se encontra delineada constitucionalmente.

Recentemente, tendo por escopo não só compatibilizar o Processo Penal com a Carta Constitucional como instrumento de aplicação do Direito Penal, mas também, firmar o Processo Penal enquanto instrumento de composição da demanda, de forma humanizar sua aplicação, servindo como instrumento de limitação da atividade estatal e garantindo plena efetividade aos direitos individuais constitucionais. Tem-se outorgado, também, maior prestígio à vítima no direito de participação nos processos decisórios ou mesmo um retorno dela às ciências criminais, de forma a conceder a esta mecanismos de participação nos procedimentos, representados pelos vários modelos de diversificação processual e tornar a reparação do dano como elemento intrínseco ao processo penal, desde que afeto ao processo onde seja respeitado o contraditório em compreensão dialógica e necessária para a resolução de um conflito penal.

⁷ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 49.

2 VITOMOLOGIA E SISTEMA PENAL

2.1 Direito Penal e a vítima: uma aproximação sociojurídica

É inegável o significado da retomada dos estudos históricos no âmbito do Direito, principalmente quando se tem em conta a necessidade de repensar e reordenar uma tradição normativa, objetivando depurar criticamente determinadas práticas sociais, fontes fundamentais e experiências culturais pretéritas que podem, no presente, viabilizar o cenário para um processo de conscientização e emancipação. Naturalmente, esta preocupação distancia-se de uma historicidade jurídica estruturada na tradição teórico-empírica, construída pela força da autoridade, da continuidade, da acumulação, da previsibilidade e do formalismo.

A obtenção de nova leitura histórica do fenômeno jurídico, enquanto expressão cultural de ideias, pensamentos e instituições, implica a reinterpretação das fontes do passado sob o viés da interdisciplinaridade e da reordenação metodológica, em que o Direito seja descrito sob uma perspectiva desmistificadora. Para atingir esta condição histórico-crítica sobre determinado tipo de sociedade e suas instituições jurídicas, impõe-se, obrigatoriamente, visualizar o Direito como reflexo em uma estrutura pulverizada não só por certo modo de produção da riqueza e por relações de forças societárias, mas, sobretudo, por suas representações ideológicas, práticas discursivas hegemônicas, manifestações organizadas de poder e conflitos entre múltiplos atores sociais.¹

Os estudos de ciências criminais costumam indicar que a vítima ocupou três posições ao longo da história. Assim, os penalistas geralmente dividem a preocupação que o direito penal vem tendo com as vítimas em três fases: a primeira pode ser chamada de fase da vingança privada ou idade de ouro da vítima, na qual a retribuição ao delito cometido partia da própria vítima ou mesmo de seu clã; a segunda é marcada pela neutralização que a vítima sofre com a assunção do *jus puniendi* pelo Estado; e a terceira fase marca o redescobrimto da vítima, ou novo protagonismo ou mesmo nova idade de ouro da vítima no direito penal.²

Nomeadamente, a inclusão da temática da vítima nos manuais e mesmo nas monografias baseia-se nas tradicionais e por vezes inquebrantáveis introduções históricas ou retomadas históricas dos institutos que visaram, de certa maneira, prestigiar ou possibilitar a participação da vítima na atual dogmática criminal.

¹ WOLKMER, Antonio Carlos. **Fundamentos da história do direito no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 7.

² FERNANDES, Newton; FERNANDES, Valter. **Criminologia integrada**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995. p. 18.

Outro enfoque que normalmente é encontrado nos estudos de direito penal é que, em sua evolução histórica, este direito passou por quatro fases: a fase da vingança privada, identificada com o período primitivo; a fase da vingança pública, quando o Estado passa a aplicar a pena; o período da humanização, que tem nos contratualistas como Beccaria seu maior expoente, e o período atual, que poderia ser designado de momento político criminal, com uma verdadeira profusão de escolas penais, desde as de caráter mais progressistas, como o abolicionismo penal, até escolas conservadoras como os funcionalistas.

Enquanto recorte metodológico para a realização deste estudo foi abordada a tendência em se analisar a evolução histórica. Tendo como base a questão da vítima em três fases.

Inicialmente, pretendeu-se demonstrar que a separação nestas fases encontra seu lugar somente quando pensado de forma didática a evolução histórica das práticas punitivas, tendo a vítima como referência. É que, na verdade, tal afirmação deve ser feita com muito cuidado uma vez que pode estar a serviço daquilo que pode ser chamado de instrumentalidade racional.

Num primeiro momento, é possível afirmar que há uma evolução no tratamento da vítima, entendida em uma abordagem próxima ao que se pode chamar de historiografia tradicional, na qual a vítima é colocada em sua época de ouro; posteriormente, ocorre sua neutralização e, atualmente, fala-se em sua redescoberta. Identificadas nesses termos as fases de evolução da vítima, é possível verificar a existência de consequências negativas, relativas à ideia de redescobrimento e serão explicados os equívocos e consequências desta abordagem. Deste modo, será demonstrado o equívoco da expressão redescobrimento e mesmo a diferença entre a vítima, que ora ocupava um lugar de destaque e a vítima que emerge na atual dogmática processual penal.

Sem contradizer o que foi dito, parece mesmo inegável que a vítima tenha passado por essas fases no curso histórico. O que se pretende demonstrar, contudo, é que essas afirmações, ainda que guardem alguma conexão com realidade, são feitas de maneira menoscabada ao colocar um fenômeno complexo, como o fenômeno criminal, em uma linha cartesiana de evolução. Essa abordagem histórica positivista acarreta certos problemas quando transpostos para a realidade hodierna, principalmente quando se coloca o redescobrimento da vítima como consequência normal do devir histórico.

Para o alcance dos objetivos pretendidos na presente dissertação, é necessário estabelecer um rompimento com o plano cartesiano do positivismo jurídico-historiográfico e, nesse sentido, repudiar qualquer tentativa de compreensão da figura da vítima nas ciências criminais que busque estabelecer uma evolução linear desta no que concerne ao direito penal,

evitando-se, assim, todos os tipos de distorções oriundas de tal análise, como, a mera reprodução de institutos jurídicos utilizados na história que pouco ou quase nada guardam em comum com a sua utilização atual. Exemplo de tal fato seria colocar em relativa igualdade a reparação do dano no antigo direito germânico e a reparação do dano no ordenamento jurídico brasileiro.

Desta forma, pretende-se romper com uma descrição da questão da vítima que coloque seu intitulado redescobrimento como um necessário e inevitável desenvolver histórico. Estabelecido que a abordagem da vítima não pode ser realizada linearmente, demonstrar-se-á que a opção mais acertada é aquela que compreende uma abordagem histórica da vítima de crime como algo complexo e decorrente de um ambiente cultural, em uma sociedade igualmente complexa.

A partir desse fato pode-se ponderar sobre a afirmação de redescobrimento ou nova idade de ouro da vítima de forma a serem sopesadas, uma vez que a vítima que emerge na atual dogmática não é a mesma do direito primitivo e que seus institutos e as razões de seu atual protagonismo não guardam nenhuma correspondência com os modelos da intitulada idade de ouro da vítima.

A doutrina aponta, em uníssono, como marco teórico para o nascimento da vitimologia, isto é, do estudo orientado e sistemático da vítima, os fenômenos relacionados com o martírio sofrido pelos judeus na II Guerra Mundial. A partir deste acontecimento desenvolvem-se, os estudos sobre as vítimas de crimes, discutindo-se uma nova abordagem criminológica, com base vitimológica, tendo por foco o papel desempenhado pelas vítimas na ocorrência do fato típico, bem como a questão da assistência judicial, econômica, moral, psicológica e terapêutica dos vitimizados.

Ainda que tal assertiva sobre as fases da vítima esteja correta, o problema encontra-se na apropriação desse discurso. Tratando dessa evolução da figura da vítima como um processo natural do devir histórico, as várias correntes que tratam do redescobrimento da vítima fazem, por vezes, uma leitura que não se sustenta perante uma análise histórica que poderia chamar-se de revisionista.

Analisando a história tradicional³ percebe-se haver um consenso na afirmação de que áreas como história do direito, histórias das instituições e história das ideias ou do pensamento jurídico, são normalmente identificadas com um pensamento formalista,

³ Neste trabalho são usadas como sinônimas as expressões tais como história tradicional, história positivista ou história antiga para definir aquela historiografia que se apresenta de forma linear em que as continuidades e rupturas históricas pouco ou quase nada são levadas em consideração.

conservador e fruto de uma verdade extraída dos grandes textos jurídicos e com formulações avessas a qualquer manifestação desburocratizada que, de uma forma ou de outra, visam à justificação da ordem social e jurídica vigente, fundamentando tal ordem no espírito nacional ou de que esta é resultado do processo de progresso do espírito humano.⁴

Ricardo Marcelo Fonseca⁵, ao fazer uma análise das características da história positivista, percorre um caminho que passa pelas premissas epistemológicas do positivismo e pelos pressupostos do positivismo nas ciências humanas e, a partir desses desígnios, constrói, com fundamento em Leopold von Ranke, as características da história positivista.

Na historiografia positivista, inicialmente, é vedada qualquer forma de interdependência entre o historiador e o fato histórico que se pretende conhecer, devendo o historiador ficar totalmente esvaziado de qualquer valoração social para o conhecimento da história e, posteriormente, com a existência objetiva do fato histórico, esse pode ser reconstruído de forma fiel em todas as suas vicissitudes.

E partir desses fatos, fica explícito a Teoria do Reflexo, em que permanece patente que a histórica não deve ser recriada segundo o ponto de vista do autor do estudo, e sim deve o historiador refletir exatamente aquilo que se apresenta como realidade esvaziada de qualquer conteúdo subjetivo. Desta maneira, o historiador não pode, em hipótese alguma, estabelecer qualquer julgamento do passado e nem tão pouco servir de guia aos seus contemporâneos, mas restringir-se a analisar somente o que se passou.⁶

No Direito, e mais precisamente quando se fala da vítima nas ciências criminais, a abordagem histórico-positivista encontra outro fator que contribui para as retomadas históricas descontextualizadas de qualquer gnosiologia, que é o fato de algumas codificações históricas ou antigos códigos de condutas chegarem até os dias de hoje. Na verdade, o uso de leis antigas, isto é, o uso de fontes primárias, não é em si um fato desabonador. Ocorre, contudo, que a mera utilização destes para justificar qualquer utilização da figura da vítima contemporânea não é salutar, porquanto a vítima do passado distante não é mesma que emerge atualmente. Há, na verdade, todo um contexto jurídico, social e político diverso que, no desenvolvimento cartesiano de fases pelas quais a vítima passou, não é levado em consideração.

Alguns exemplos podem dar uma melhor ideia do que se está falando. É comum a justificativa de que a reparação do dano é instituto usado desde o antigo direito penal

⁴ WOLKMER, Antonio Carlos. **Fundamentos da história do direito no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 15-16.

⁵ FONSECA, Ricardo Marcelo. **Introdução teórica à história do direito**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 43-50.

⁶ Ibid., p. 51-53.

germânico, tendo como traço característico o fato de que caberia à vítima, ou a alguém de seu clã, a persecução penal quando do cometimento do delito, tendo por escopo a expiação social ou reparação privada. Ocorre que, até chegar à chamada *compositio* obrigatória, subsistia, ainda, para a vítima ou seu clã, o direito de aplicar a sanção baseada na vingança de sangue e na perda da paz.⁷

Outro exemplo a ser para mencionado sobre a problemática da evolução linear ou relativa do aproveitamento de fontes primárias, utilizando-as de forma despreocupada com a realidade social na qual esta inserida, é o caso da Lei de Execuções Penais (LEP) em vigor, que, ao estabelecer o trato que o condenado deve ter do sistema penitenciário, em nada guarda verossimilhança com a realidade do sistema carcerário brasileiro. Esta lei, se analisada de forma descontextualizada da realidade, parece ter atingido o mais alto grau de humanização no tratamento do condenado.

A problemática da realização de uma historiográfica positivista pode ser depreendida da análise de Ricardo Marcelo Fonseca que pondera:

Está história positivista será uma história que exatamente por acreditar que os fatos podem ser isolados do sujeito que os confronta (o historiador) e podem ser percebidos em seus contornos precisos, terá a capacidade de descrever a verdade sobre os fatos históricos (que a este ponto constituem, para o positivismo, a própria História), pois a análise do objeto pode ser assimilada pela ciência (aquela ciência que é metodologicamente bem informada – isto é, a ciência positiva) sem que haja qualquer perda ou redução: o saber histórico tem a capacidade de reproduzir fielmente os fatos históricos. É por isso que esse tipo de história não raro assume contornos de ‘história universal’, ‘história geral’ ou outras pretensões totalizantes do gênero, pois a potência do saber (alimentado pelo otimismo científico do sec. XIX) dá também aos historiadores a impressão de poder abarcar todo o passado humano. E, sobretudo, será uma historiografia que se pretende “objetiva” e “neutra”, uma historiografia que segue o princípio da ‘neutralidade axiológica’ das ciências humanas, pois ela acredita que qualquer influxo de subjetividade contaminará o objeto e, portanto, invalidará a pesquisa.⁸

A história positivista, o positivismo filosófico e mesmo o positivismo jurídico guardam uma ligação que deriva de suas bases epistemológicas comuns e, no que concerne ao mundo jurídico, a mais visível é a negação de qualquer critério valorativo por parte do sujeito em relação ao objeto, resultando, assim, no grande mito positivista no campo da ciência

⁷ CÂMARA, Costa Guilherme. **Programa de política criminal**. São Paulo: RT; Coimbra: Coimbra, 2006. p. 35.

⁸ FONSECA, Ricardo Marcelo. **Introdução teórica à história do direito**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 57.

jurídica: “[...] a neutralidade do processo cognitivo do direito.”⁹

Normalmente, a leitura positivista da vítima no direito, tendo como meta seu atual redescobrimento, ocorre ou pela negação peremptória de qualquer valorização desta na dogmática penal ou pela glorificação da sua participação na dogmática jurídico penal, em claro festejo ao passado que é redescoberto, ou seja, sendo fonte de um passado glorioso, a vítima deve, novamente, ser prestigiada na dogmática penal.

Fruto das poucas pesquisas que tem por objeto a vítima de crime, numa perspectiva historiográfica mais acertada; ou mesmo fruto do positivismo jurídico que, como já se disse, é intrinsecamente ligado à história positivista, o direito penal e mesmo a criminologia não se interessaram por estudos profundos sobre essa temática. Tal panorama só mudou após a década de 40 e, principalmente nos anos 70, do século passado, quando a vitimologia começa prosperar enquanto ciência de estudo orientada para as vítimas, como será destacado na seção 2.3.

Mais importante do que mencionar a idade de ouro, destaca-se muito mais produtivo verificar as razões do que tem se convencionado chamar de sua neutralização.

Frente a essa problematização, não se pode coadunar com qualquer uma dessas tentativas que vise estabelecer uma evolução linear da figura da vítima no âmbito das ciências criminais, seja como fator de coesão social, tentativa de humanização do sistema penal ou mesmo de sua criação incipiente nos moldes similares aos que se conhece hoje. Na verdade, as fases da vítima nas ciências criminais perpassam por questões muito mais sérias e delicadas que não podem ficar atreladas a mera retomada histórica da figura da vítima estabelecida normalmente de forma acrítica e descontextualizada de qualquer referencial, seja econômico, cultural ou das relações de poder envolvendo seu protagonismo, subtração e posterior redescobrimento.

Uma vez considerados os inconvenientes de uma elaboração linear da vítima, como também das consequências da formulação do positivismo jurídico, que não dispensou qualquer atenção a ela nas ciências criminais, está-se apto a estabelecer um rompimento com o historicismo jurídico positivista da vítima e, assim, o enfoque positivista que tem recebido.

A partir dessas fases, a neutralização da vítima ou, em outros termos, a expropriação do conflito por parte do Estado, ocorre em um período de tempo muito extenso, inserido na passagem do Antigo Regime para a Modernidade, período esse que Paolo Grossi¹⁰ identifica

⁹ MACHADO, Antônio Alberto. **Ministério público: democracia e ensino jurídico**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 96.

¹⁰ GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. 2. ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.

como da transição entre o Medievo e a Modernidade, de que resultam as chamadas mitologias jurídicas da modernidade.

A expressão História Revisionista é utilizada por Vera Regina Pereira de Andrade¹¹, para quem as histórias revisionistas concentram-se em três abordagens principais: o enfoque materialista-marxista, materialista político-econômico e ou funcionalista, tendo por escopo recontar a história oficial sob a ótica do poder, do controle e da dominação.

Destaca-se aqui a materialista político-econômica que tem sua fundamentação nas obras de Foucault, para quem:

A reforma iluminista e a fundação do sistema penal moderno que dela decorreu não resultam unicamente de transformações das ideias, mas de transformações no sistema social, e suas funções declaradas ocultam exigências e funções latentes. O discurso declarado é ideológico.¹²

A afirmação de que a vítima viveu sua idade de ouro só pode ser tida por verdadeira se for considerado que as manifestações que permitiam à vítima ou a seu grupo assumirem a perseguição criminal não tomavam formas individuais, mas sim a demonstração comum de todo um agrupamento de pessoas e, por esta razão, pode ser tida como expressão coletiva, ainda que tivesse como características “[...] reações espontâneas, ajurídicas e não estatais.”¹³ O argumento a *fortiori* de relevo da vítima diz respeito a manifestações que visavam, ou não, à vingança limitada e, quase sempre, a preocupação em auferir uma compensação financeira como resultado da ofensa, havendo, dessa maneira, na ocorrência do delito, uma nítida violação a um direito subjetivo, o qual, por vezes, poderia repercutir também na esfera coletiva.

Nesse período que se costuma denominar como idade de ouro da vítima, o direito penal se consubstanciava em uma espécie de justiça privada, mas que nem por isso, não se encontrava regrada por costumes, leis e comportamentos esperados da comunidade pelo ofendido.

Portanto, é válido lembrar que no antigo direito penal germânico alguns delitos, como a traição na guerra, a deserção, o perjúrio e o homicídio poderiam fazer incidir sobre o autor do delito a perda da paz, pena esta que poderia ser aplicada por qualquer um da comunidade e não apenas pela vítima e seu clã. A perda da paz significava a dissolução de todo e qualquer vínculo social e familiar, alcançando tanto a pessoa como seus respectivos bens e, em alguns casos, poderia ser remida pelo pagamento de uma multa.¹⁴

¹¹ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 190.

¹² Ibid.

¹³ ANDRADE, Manuel da Costa. **A vítima e o problema criminal**. Coimbra: Coimbra, 1980. p. 50.

¹⁴ CÂMARA, Costa Guilherme. **Programa de política criminal**. São Paulo: RT; Coimbra: Coimbra, 2006. p. 35.

Gradualmente, as penas de multa e as ofensas foram reconhecidas não em favor da vítima ou de um clã, mas sim, em favor do soberano, que cada vez mais concentrava o poder em suas mãos. Nesse sentido, alguns fatos são esclarecedores para demonstrar a contínua abstração da vítima na resolução do conflito penal, como por exemplo, o surgimento de uma figura até então desconhecida: o procurador, que passou a assumir o lugar da vítima num misto de representante desta e do soberano.

Foi com a formação dos Estados que a vítima de fato tornou-se personagem lateral do conflito penal. Isto ocorreu, inicialmente, de contornos não muito precisos, com a instauração da Paz de Westfália, que traçou o formato do Estado Moderno e possibilitou o fortalecimento do monarca e a compreensão das monarquias nacionais nas quais “[...] o soberano, de maneira direta ou indireta, exige, resolve e manda executar os castigos, na medida em que ele, através da lei, é atingido pelo crime.”¹⁵ Com isso, a reação ao crime passou de uma expressão particular para o controle estatal.

Entretanto, é preciso salientar que, na verdade, essa abstração da vítima deu-se de maneira lenta e não linear, de forma que não se pode precisar em que região ou em que momento ocorreu sua total neutralização. Como bem enfatiza Alessi, com fundamento em Hespanha, para o príncipe do antigo regime não era importante castigar cotidianamente, mas estrategicamente, considerando que:

[...] bastava para a justiça real intervir o suficiente para recordar a todos que lá no alto estava meio adormecida, mas sempre latente, a suprema punitiva *potestas* do rei. Como Supremo Juiz, o rei reintegrava aos equilíbrios naturais da sociedade o trabalho de instaurar a ordem social.¹⁶

A partir deste momento, a vítima é colocada em segundo plano pelo direito penal, não somente na persecução criminal como também no plano do direito material. Sua participação ficou restrita à condição de elemento informador para o Estado sobre eventuais lesões a bens jurídicos sofridos, passando de protagonista da resolução do fato delituoso a objeto de prova do delito. Sobre isto, Hassemer pontua que, com o monopólio do *jus puniendi* pelo Estado surgiu o direito penal estatal, trazendo como uma de suas características a neutralização da vítima, uma vez que a reação penal passa a pertencer ao Estado e não mais ao indivíduo.¹⁷

¹⁵ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 43.

¹⁶ ALESSI, Georgia. O direito penal moderno entre retribuição e o reconciliação. In: DAL RI JÚNIOR, Arno; SONTAG, Ricardo (Org.). **História do direito penal entre medievo e modernidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 176.

¹⁷ HASSEMER, Winfried. **Fundamentos de direito penal**. Barcelona: Bosch, 1992. p. 92-93.

No período em que a reação da tutela penal cabia ao rei, a justiça ainda guardava forte traço de vingança desmedida e desproporcional: eram as chamadas penas de suplício. Essas penas desumanas e cruéis geraram protestos durante a segunda metade do século XVIII entre os filósofos, juristas, magistrados e políticos, que acreditavam que era preciso respeitar a humanidade do criminoso na punição.¹⁸

Deveras, a reforma penal que se iniciou no século XVII apresentava características destacadas por Foucault, como por exemplo, a mudança na diminuição dos crimes de sangue e o aumento de crimes contra a propriedade e, conseqüentemente, um arrefecimento das punições sobre o corpo.

O verdadeiro objetivo da reforma, e isso desde suas formulações mais gerais, não era tanto fundar um novo direito de punir a partir de princípios mais equitativos e sim estabelecer uma nova economia do poder de castigar, assegurando uma melhor distribuição, impedindo a sua concentração em alguns pontos privilegiados e o seu partilhamento excessivo entre instâncias que se opõem. Pretendia-se que fosse repartido em circuitos homogêneos que pudessem ser exercidos em toda parte, de maneira contínua e até o mais fino grão do corpo social.

A reforma do direito criminal deve ser vista como uma estratégia para o remanejamento do poder de punir, de acordo com modalidades que o tornassem mais regular, mais eficaz, mais constante e melhor detalhado em seus efeitos; enfim, que aumentassem os efeitos diminuindo o custo econômico, ou seja, dissociando-o do sistema da propriedade, das compras e vendas, da venalidade tanto dos ofícios quanto das próprias decisões. Deveria-se, também, diminuir o seu custo político, dissociando-o do arbitrário poder monárquico. A nova teoria jurídica da penalização englobou, na realidade, uma nova economia política do poder de punir. Compreende-se, então, por que essa reforma não teve um ponto de origem único.¹⁹

A reforma do sistema penal, na visão de Foucault, não foi obra simplesmente dos iluministas ou de uma geração de magistrados, mas sim de todo um corpo social que na realização do poder obtiveram as resultantes necessárias de conjuntura para a implementação da reforma, sobretudo, fruto da acumulação de capital, desenvolvimento da produção e do crescimento demográfico.

Essa reforma possibilitou a formação de um corpo social técnico com papéis definidos e que tinham por escopo a aplicação da lei a todos os membros da comunidade, independente de qualquer tipo de privilégio. Nesse sentido, e nos moldes mais jurídicos, vê-se que, com a formação dessa justiça, justificar-se-ia a ideia de que o crime não gera um dano social, mas

¹⁸ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 63.

¹⁹ *Ibid.*, p. 68.

sim uma ofensa ao soberano e a comunidade.

No que concerne à formação do Estado é preciso salientar que o modelo destacado é o incipiente Estado Moderno e suas consequências, isto é, sua organização de fato coaduna com uma noção de expropriação do conflito ou neutralização da vítima. Tal expropriação não mais deveria subsistir em um Estado democrático de direito, modelo no qual se está inserida e ao qual é também remetida a análise sobre a questão da vítima neste trabalho.

Na formação e desenvolvimento do chamado Estado Moderno ocorreu à criação de uma burocracia que teve forte influência na neutralização da vítima. Alia-se, ainda, o fato de que os estudiosos da criminalidade passaram a dispensar maior atenção ao criminoso e ao crime, estes sim objetos de estudo.

A primeira escola sistematizada de pensamento, nos moldes do que se exige para a sua definição, não foi a Escola Clássica. Na verdade somente se pode afirmar que há uma Escola Clássica enquanto oposição àquilo que deu origem a Escola Positivista.

Contudo, os Clássicos foram os responsáveis pela introdução do ideário humanista, focando o objeto de seu estudo no crime, na pena e no método. Muitos autores questionam, inclusive, se realmente pode se falar em Escola Clássica.

Para Luis Jiménez de Asúa²⁰, esta escola só existe por contradição com a Escola Positiva, uma vez que é formada por tendências muito ecléticas. Ainda assim, pode-se identificar alguns traços comuns, como por exemplo, o método racionalista, a imputabilidade baseada no livre arbítrio e a culpabilidade moral. O delito era tido como um ente jurídico e a pena como um mal, porém meio idôneo à tutela jurídica. Essa Escola nega qualquer estudo em relação à etiologia criminal.

A importância desta Escola se deve ao fato de assumir o legado liberal, racional e humanista do iluminismo, projetando o homem como ser racional e livre. Com fundamento na teoria do pacto social, propôs formar uma concepção utilitária do castigo, provida inclusive de valor ético.²¹ Observa-se que para Foucault, a transição da justiça penal do Antigo Regime para a justiça penal moderna não significou a transição da barbárie para a humanização.

A Escola Positiva focalizou seus estudos na figura do delincente e tem como traço mais marcante, que ecoa até os dias de hoje, a contestação de Lombroso sobre o livre arbítrio do homem como fator determinante para a ocorrência do crime. Para este autor, fundador da Escola Positiva, o crime ocorreria por caracteres hereditários, pelo atavismo. Logo, em

²⁰ ASÚA, Luis Jiménes de. **Tratado de direito penal**. Buenos Aires: Losada, 1964. t. 2. p. 65.

²¹ GÁRCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. Introdução aos fundamentos teóricos da criminologia. (tradução de Luiz Flávio Gomes). In: _____; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2000. pte. 1. p. 203. p. 161.

contrapartida à Escola clássica de método dedutivo, a Escola Positiva parte da observação de alguns crimes e criminosos para generalizações e posteriores classificações, como por exemplo, a do criminoso nato. Enrico Ferri, outro representante dessa Escola, em sua obra “Discursos de Acusação ao Lado das Vítimas”, agrupa seus melhores discursos proferidos na defesa da sociedade e das vítimas de crime, discorrendo ainda sobre a reparação dos danos às vítimas.

A Escola Positiva teve como características fundamentais o seu método experimental-indutivo, a responsabilidade social derivada do determinismo e da temibilidade do delinquente, a compreensão do delito como fenômeno natural e social produzido pelo homem e da pena, não como castigo, mas como meio de defesa social.²²

Outras escolas penais ainda podem ser referenciadas, contudo estas pouco se afastam das ideias das duas escolas citadas. Na verdade, as outras escolas ora se apresentam como uma forma de fusão dos pensamentos das primeiras, ora enfocam aspectos pouco explorados por estas. Na atualidade, é inconcebível filiar-se apenas a uma ou a outra escola, na medida em que o sistema penal é marcado por um verdadeiro ecletismo. Vale ressaltar que as discussões contemporâneas a respeito do direito penal versam, em sua maioria, sobre suas novas áreas de abrangência, discutindo a questão de sua maximização ou a manutenção de algumas garantias penais frente a determinados tipos penais.

Poucas referências são encontradas à figura da vítima nessas Escolas e quando esta é considerada, quase sempre ocorre de maneira incidental, levando a problemática para o campo da responsabilização civil, corroborando a afirmação de que a vítima, como uma das protagonistas do fato penal, foi esquecida pelas escolas penais.²³

Fazendo, ainda, uma leitura linear da vítima na história, pode-se ver que alguns autores tratam de compreender esse período que marca a subtração da vítima da resolução do conflito como uma forma de aplicação da justiça de forma serena, proporcional, igualitária, imparcial e institucionalizada, tendo em vista o princípio da legalidade.

Como pontua Ana Sofia Schmidt de Oliveira²⁴ o esquecimento dogmático da figura da vítima, embora não totalmente compreensível é, até certo ponto, tolerável. Mas, diversamente, é incompreensível e de se estranhar que a criminologia, como ciência de vocação para análise empírica do fenômeno criminal e de seus fatores, também tenha

²² ASÚA, Luis Jiménez de. **Tratado de direito penal**. Buenos Aires: Losada, 1964. t. 2. p. 65.

²³ Embora a doutrina possa divergir se houve ou não um esquecimento total pelas escolas penais da figura da vítima, o certo e ponderável até o momento é que uma sistemática e real análise da figura da vítima dentro da dogmática penal e política criminal só podem ser visualizadas após a vitimologia.

²⁴ OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt. **A vítima e o direito penal**. São Paulo: Ed. RT, 1999. p. 54.

incorrido no mesmo erro.

Antonio García-Pablos de Molina²⁵ divide a criminologia em pelo menos três fases: a pré-científica, representada pela escola clássica; a etapa científica, representada pela escola positiva; e a moderna criminologia, em que se sobressaem diversos modelos teóricos que, por sua vez, podem ser categorizados em biologia criminal, psicologia criminal e sociologia criminal.

A biologia criminal tenta estabelecer no homem delinquente fatores responsáveis pela sua conduta criminosa, fatores esses que podem ser fisiológicos, endócrinos, bioquímicos e genéticos. Atualmente, embora um tanto desacreditada, essa corrente tem recebido certo revigoramento com as modernas pesquisas de sequenciamento genético e cromossômico, que tentam encontrar alguma explicação para o crime nesses fatores, dando azo, inclusive, para o levantamento de estudos que questionam se seria o criminoso responsável pelos seus atos ou vítima de um estado doentio. Parece ser inegável sua comparação com as construções lombrosianas, uma vez que trabalham com a mesma matriz ideológica, isto é, partem da referência de que existem pessoas criminosas e não criminosas. Pode-se afirmar que esta teoria pouco teve de repercussão para um enfoque sobre a figura da vítima nas ciências criminais.

O enfoque psicológico na criminologia, que gerou a chamada psicologia criminal, busca na condição psíquica do indivíduo as razões pela sua delinquência. Este enfoque tem em *Freud* um de seus principais contribuidores por meio da sua teoria de níveis de consciência: *id*, em que se encontram os instintos mais primários, cuja tendência é a sobrevivência; *ego*, que representa o sujeito, enquanto membro de uma sociedade; e *superego*, em que se instauram os controles de natureza cultural e social. O delinquente seria aquele incapaz de frear seus impulsos mais primitivos (*id*), e essa incapacidade teria várias razões, todas elas de certa forma relacionadas com sua vivência e interiorização em seu subconsciente. No que tange à vítima, a psicologia avançou um pouco ao dar atenção à prevenção e tratamento dos delinquentes e das vítimas.²⁶

A sociologia criminal é, sem dúvida, o modelo que mais contribuiu para um maior aprofundamento, ainda que de forma incipiente, do estudo sobre a figura da vítima no âmbito das ciências criminais. Essa teoria criminológica encara o crime como um fenômeno normal em uma sociedade e aborda a delinquência sobre diversos enfoques, entre eles a ecologia criminal, a estrutura funcionalista, a subcultura delinquente, as teorias do conflito,

²⁵ GÁRCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. Introdução aos fundamentos teóricos da criminologia. (tradução de Luiz Flávio Gomes). In: _____; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2000. pte. 1. p. 203.

²⁶ MAÍLLO, Alfonso Serrano. **Introdução à criminologia**. São Paulo: Ed. RT, 2004. p. 165-167.

a criminologia crítica e as teorias interacionistas. O traço característico da sociologia criminal é conceber o crime como um fenômeno social e a partir desse elemento o questionamento central passa a ser não o porquê da delinquência, mas sim o porquê de determinado comportamento ser tido como contrário ao ordenamento jurídico.

As teorias sociológicas podem ser agrupadas em pelo menos três grupos. A primeira visão, de corte funcionalista, também denominada teoria da integração ou do consenso, na qual se encontra a chamada Escola de Chicago; a teoria da associação diferencial; e a teoria da subcultura delinquente. A segunda visão trata das teorias do conflito representadas pelas teorias do *labelling* e teoria crítica de fundo marxista. Ainda que uma ou outra escola possa ter contribuído para o estudo sobre a vítima, pode-se afirmar que nenhum modelo criminológico ou escola criminológica dedicou-se a um estudo sistemático sobre a vítima, exceção talvez à criminologia crítica.

Estas teorias criminológicas correspondem, em maior ou menor grau, ao que se pode denominar de criminologia tradicional²⁷. Sob o manto desta ficam delineadas todas as tentativas de explicação do crime, tendo como referência seu objeto de estudo, prescrito pela dogmática criminal e, por esta razão, é incapaz de compreender ou questionar qualquer fato fora do âmbito que lhe emprestam os limites dogmáticos. A criminologia tradicional funciona, portanto, como ciência da explicação da criminalidade, tendo por escopo o controle desta, bem como o aperfeiçoamento e a eficiência da persecução penal, contudo sem possibilidade alguma de se estabelecer “[...] como uma ciência de esclarecimento sobre o direito penal.”²⁸

As razões que denotam a exclusão da vítima na resolução do conflito perpassam por uma gama de motivos que demonstram, mais do que uma evolução, uma nova reorganização do exercício do poder que, em certa medida, pode ser demonstrada pela expropriação do conflito pelo Estado. Nesse passo, é necessário reafirmar que essa expropriação do conflito representou uma demonstração de poder por parte do soberano, com a clara intenção de neutralizar determinadas condutas que, mais do que atacavam o soberano, indiretamente visavam atacar também a nova organização social que ia formando o Estado Moderno.

²⁷ Preferiu-se, aqui, utilizar a expressão criminologia tradicional, mas bem poder-se-ia utilizar a expressão criminologia etiológica, vez que ambas demonstram a ideia de que não rompem com o objeto de estudo fornecido pela dogmática jurídica.

²⁸ ALBRECHT, Peter-Alexis. **Criminologia**: uma fundamentação para o direito penal. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2010. p. 8.

A partir da formação do Estado Moderno, que tem no Estado Absolutista sua primeira forma, começou a formação de um sistema penal propriamente burocrático que ficou responsável pela então perseguição, punição e delimitações das ações que informariam o delito nesse modelo de Estado.

Nesse sentido, Hulsman e Celis afirmam: “O sistema penal rouba o conflito das pessoas diretamente envolvidas nele. Quando o problema cai no aparelho judicial, deixa de pertencer àqueles que o protagonizaram, etiquetados de uma vez por todas como o delinquente e a vítima.”²⁹

Desse fato em diante, o sistema penal começou, então, a interagir com seus interlocutores de forma a tratá-los sempre de forma homogênea, esquecendo-se das especificidades e necessidades de cada um e tornando a vítima totalmente alheia à maneira pela qual o Estado busca solucionar o conflito, bem como colocando, quando muito em um plano estritamente secundário, as aspirações da vítima no que concerne ao provimento jurisdicional do Estado.

2.2 Consequências da expropriação do conflito: a vitimização secundária

Ainda que subvertendo uma ordem básica, tratar da questão da vitimização secundária antes da definição de conceitos básicos da vitimologia, como o próprio conceito de vítima e outras contribuições que a vitimologia proporcionou, justifica-se na medida em que tal ordem não alterará a discussão que se pretende, contribuindo, na verdade, para um melhor equacionamento das discussões propostas no trabalho.

Trabalhar os conceitos de vitimização, neste momento, releva-se importante na medida em que, após a neutralização da vítima, é exatamente a sua sobrevivência que emerge como ponto crucial a ser analisado para o resgate da vítima nas ciências criminais. Dentre os graus de vitimização que os vitimólogos tem utilizado, ao menos três categorias interessam, quais sejam: a vitimização primária, a vitimização secundária e a vitimização terciária.

Vitimização, vitimação, ou processo vitimizatório são expressões sinônimas que indicam a ação ou efeito de alguém (indivíduo ou grupo) se autovitimar ou vitimizar outrem (indivíduo ou grupo). É o processo mediante o qual alguém (indivíduo ou grupo) vem a ser vítima de sua própria conduta ou da conduta de terceiro (indivíduo ou grupo) ou de fato da

²⁹ HULSMAN, Louk; CELIS, Jaqueline Bernat. **Penas perdidas**: o sistema penal em questão. Niterói: Luam, 1997. p. 84.

natureza. No processo de vitimização, salvo no caso de autovitimização, quando ocorre a autolesão, necessariamente encontra-se a clássica dupla vitimial, ou seja, de um lado o vitimizador (agente) e de outro a vítima (paciente).³⁰

O processo de vitimização deve ser explorado de forma a não restringir o objeto de estudo apenas a atos isolados entre indivíduos e (ou) grupos. Na verdade, a melhor maneira de entender-se, atualmente, a vitimização primária, é encará-la, como um processo complexo, fruto de uma sociedade igualmente complexa.

A complexidade do fenômeno da vitimização é verificável já a partir da primeira forma de convivência social do homem: a família. A convivência familiar pode ser um terreno favorável para desencadear o processo de vitimização, como nos casos da violência física do pai ou companheiro sobre os filhos ou companheira; a violência psicológica através dos processos de castração da identidade da mulher e de superproteção dos filhos; ou de desprezo absoluto e descuido com sua educação. A vitimização no âmbito sócio familiar torna-se, sem dúvida, fator preocupante, uma vez que o comportamento no meio familiar tende a se reeditar em outros tantos espaços da sociedade.³¹

A vitimização primária, como as consequências diretas que a vítima sofre com o crime, pode ser de índole física, econômica, social, psicológica e reflete na vida da vítima e em seus comportamentos posteriores. O processo de vitimização pode ser encontrado ou mesmo ser fruto das mais variadas formas de relações humanas como as relações de emprego, comerciais, dentro do ambiente familiar e escolar.

Ainda que o foco da presente dissertação seja a vítima de crime, não se pode esquecer de que a atual vitimologia, calcada no Estado Democrático de Direito, não pode ficar vinculada a um critério dogmático de suas vítimas, devendo alargar seu objeto de estudo.

Não seria desarrazoado ponderar que, para que uma pessoa se sinta vítima, não é necessário estar esculpido no direito positivo um tipo penal ideal de vítima,³² porquanto o processo de vitimização é, na verdade, permeado por uma condição de hipersensibilização ante uma determinada conduta ou omissão, que de alguma forma reifique, deprecie e vede aos seres humanos o livre desenvolvimento de todas as suas potencialidades.

Essa hipersensibilização, não raro, é mascarada por outro sentimento, que é o da

³⁰ PIEDADE JUNIOR, Heitor. **Vitimologia**: evolução no tempo e espaço. Rio de Janeiro: Frei Bastos, 1993. p. 107.

³¹ JORGE, Alline Pedra. **Em busca da satisfação dos interesses da vítima penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 22.

³² Não se faz, aqui, distinção entre pessoa física ou jurídica.

autorresponsabilização, pela situação na qual se encontra determinada pessoa. Paulo Freire traz um exemplo muito elucidativo de como se processa esses sentimentos:

É importante ter sempre claro que faz parte do poder ideológico dominante a inculcação nos dominados da responsabilidade por sua situação. Daí a culpa que sentem eles, em determinado momento de suas relações com o seu contexto e com as classes dominantes por se acharem nesta ou naquela situação desvantajosa. É exemplar a resposta que recebi de mulher sofrida, em São Francisco, Califórnia, numa instituição católica de assistência aos pobres. Falava com dificuldade do problema que a afligia e eu, quase sem ter o que dizer, afirmei indagando: Você é norte-americana, não é? 'Não. Sou pobre', respondeu como se estivesse pedindo desculpas à 'norte-americanidade' por seu insucesso na vida. Me lembro de seus olhos azuis marejados de lágrimas expressando seu sofrimento e a assunção da culpa pelo seu 'fracasso' no mundo. Pessoas assim fazem parte das legiões de ofendidos que não percebem a razão de ser de sua dor na perversidade do sistema social, econômico, político em que vivem, mas na sua incompetência. Enquanto sentirem assim, pensarem assim e agirem assim reforçam o poder do sistema. Se tornam coniventes da ordem desumanizante.³³

A narrativa de Paulo Freire bem elucidada o fato de que, antes mesmo da vitimização primária, pode ocorrer uma vitimização anterior, uma forma de vitimização muitas vezes velada, que demonstra, em verdade, toda uma situação de penúria e falta de elementos básicos para uma vida digna.

Nesse curso de ideias, é possível afirmar que a vítima, antes mesmo do início da perseguição penal,³⁴ já exerce relevantíssimo papel na seleção e definição das condutas que chegarão às estatísticas oficiais sobre a criminalidade. Essas pesquisas apresentam grave distorção entre os números reais gerados pelas estatísticas e a realidade apurada mediante as pesquisas de vitimização.

Lembra Manzanera que, por essa razão “[...] é a vítima um importante agente informal do controle social, não somente em sua decisão de denunciar, e sim, também em sua persistência para lograr que a denúncia siga seu curso.”³⁵

Observa-se, assim, a importância das pesquisas de vitimização já que estas permitem avaliar cientificamente a criminalidade real, constituindo a técnica mais ajustada para quantificá-la e identificar suas variáveis. Contribuem, também, para o cálculo da taxa dos delitos noticiados à autoridade pelo qual é possível verificar a confiança do cidadão no sistema legal e, portanto, também constatar a efetividade do sistema em gerir e conhecer o

³³ FREIRE, Paulo. **Pedagogia da autonomia**. São Paulo: Paz e Terra, 2011. p. 80-81.

³⁴ Por perseguição penal depreendem-se as atividades desenvolvidas para investigação preliminar do crime e o exercício da ação penal.

³⁵ RODRIGUEZ MANZANERA, Luis. **Victimologia**: estudios de la víctima. México: Porrúa, 1999. p. 323.

número real da criminalidade. Tais pesquisas subsidiam, por conseguinte, a comparação entre os índices oficiais de criminalidade, isto é aqueles números registrados oficialmente; e os não oficiais, ou seja, a cifra negra da vitimização.

Como se sabe, essas pesquisas revelam que praticamente só são perseguidos os delitos noticiados. A vítima tem em suas mãos, portanto, a chave da movimentação do sistema legal. Considerando que hoje existe muita preocupação com o controle da efetividade do sistema legal e de seu bom funcionamento, é óbvio que justifica indagar as razões do comportamento da vítima: como se explica sua conhecida passividade ou falta de colaboração com o sistema legal e suas consequências para o mesmo.³⁶

Diversas são as razões que podem explicar a questão da subnotificação de crimes ao sistema legal de justiça. Dentre essas razões destaca-se, primeiramente, aquele sentimento ligado a um forte medo de represálias e a desconfiança no sistema que se mostra realmente inábil em resolver os problemas objeto da violência. São também causas da subnotificação: a dificuldade no entendimento de uma situação vitimizante; sentimentos de impotência; o medo de estigmatização; ou a dificuldade de perceber-se enquanto ser que foi violado. No âmbito da violência familiar pode-se notar uma espécie de comiseração, onde impera o sentimento de autorresponsabilização pelo fato ocorrido.

Perpetrada a vitimização primária, a vítima que decide denunciar sua situação vitimizante poderá sofrer com a vitimização secundária, que é aquela proveniente do contato com as instâncias oficiais de controle social. É precisamente a vitimização secundária, ou sobrevitimização da vítima, que derivam:

[...] das relações da vítima que, com certa frequência, resulta mais negativa que a primária, causa um incremento no dano causado pelo delito, ampliando a sua dimensão psicológica ou patrimonial. No contato com a administração da Justiça ou da Polícia, as vítimas experimentam, muitas vezes, o sentimento de estar perdendo o seu tempo ou mal gastando o seu dinheiro; outras sofrem incompreensões derivadas da excessiva burocratização do sistema ou, simplesmente, são ignoradas. Em alguns casos e com relação a determinados delitos, as vítimas são tratadas como acusados e sofrem a falta de tato ou a incredulidade de determinados profissionais.³⁷

³⁶ GÁRCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. Introdução aos fundamentos teóricos da criminologia. (tradução de Luiz Flávio Gomes). In: _____; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2000. pt. 1. p. 102.

³⁷ FREITAS, Marisa Helena D'Arbo Alves de. **Responsabilidade do Estado pelos danos às vítimas de crimes**. 2001. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de História, Direito e Serviço Social, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2001. p. 159.

Dentro dos graus de vitimização a noção de vitimização secundária ocorre exatamente após a formação de uma burocracia que, encarregada da persecução penal, ocasiona a neutralização da vítima. Destaca Jaume Solé Riera, que ocorre, sobretudo, como neutralização processual dada as escassas oportunidades de tutela e participação efetiva que o processo penal oferece à vítima do delito.³⁸

Tanto vítima como acusado passam a ser tratados como meros objetos processuais proporcionando uma verdadeira reificação desses sujeitos no processo penal.

Esse fato pode ser visualizado na literatura, como bem demonstrou Albert Camus, em seu livro *O Estrangeiro*. Nessa obra, Camus descreve à história de um homem, Meursault, que, ao longo do romance, se transforma em questão de minutos, no assassino de um árabe em uma praia da Argélia, sendo após esse fato julgado culpado e condenado à pena de morte. O autor demonstra como o processo penal pode significar um verdadeiro absurdo. Contudo, este é compreendido não através de situações que beiram ao bizarro, mas sim por meio da total incompreensão daqueles que, incumbidos da realização da trama processual, demonstram total desleixo pelos reais motivos pelos quais devem julgar o réu. Na verdade, tenciona-se mostrar a preocupação muito maior com a realidade moral dos personagens do que com o fato ocorrido.

Demonstra a obra uma verdadeira despreocupação com o crime, que é esquecido quase que completamente, para, na verdade, realizar-se um julgamento moral, sem qualquer preocupação também com a vítima. Fica evidente, no drama relatado, que todos os interlocutores diretos do procedimento penal são, na verdade, deixados de lado em razão da burocracia processual.

Sobre o processo, Meursault, em seus pensamentos, pondera:

De algum modo, pareciam tratar deste caso à margem de mim. Tudo se desenrolava sem a minha intervenção. Acertavam o meu destino, sem me pedir uma opinião. De vez em quando tinha vontade de interromper todo mundo e dizer ‘mas afinal quem é o acusado.’³⁹

Para além da alienação que o processo penal perpetua nos seus interessados (vítima e acusados) ele também ocasiona aquilo que se pode chamar de sobrevivitização, o dano adicional que causa a própria mecânica da justiça penal em seu normal funcionamento.⁴⁰

³⁸ SOLÉ RIERA, Jaume. **La tutela de la víctima en el proceso penal**. Barcelona: Jose Maria Bosch, 1997. p. 29.

³⁹ CAMUS, Albert. **O estrangeiro**. Rio de Janeiro: Record, 1957. p. 100.

⁴⁰ CERVINI, Raul. **Os processos de descriminalização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 232.

A persecução penal brasileira delineada constitucionalmente contempla basicamente três etapas na apuração da infração penal: investigação preliminar, processo judicial e execução da pena, caso se decida pela culpa. Em todas as fases da persecução penal a vítima tem importância, ou pelo menos deveria ter.

Cada uma das etapas da persecução penal tem natureza própria. A primeira é marcada nitidamente por atos investigatórios e por um sistema inquisitorial; a segunda é permeada pelo princípio acusatório, que demanda a produção de atos instrutórios destinados igualmente à apuração da infração, possibilitar ao acusado exercer sua defesa e a formação do convencimento do magistrado. Esta última fase é aquela em que plenamente vigem institutos garantistas, como a ampla defesa e o contraditório e princípios como o do monopólio punitivo estatal, monopólio da exigência estatal de responsabilidade e o princípio da obrigatoriedade da ação penal.

Como já salientado, a persecução penal encontra-se dividida em pelo menos três etapas. De outra sorte não será absurdo afirmar que a vítima deve guardar importância em todas as fases do *iter* processual, ora exercendo papel mais ativo, ora de menor proeminência. Portanto, afirma-se que a sobrevivitização poderá ocorrer em todas as etapas da persecução penal.

A vitimização secundária está ligada, em um primeiro momento, os aspectos de natureza subjetiva. Daí a necessidade de se buscar critérios objetivos, seja em princípios fundamentais, como a dignidade humana; nos direitos fundamentais; definições de ordem interna; e, por último, porém não menos importante, a Declaração sobre os Princípios Fundamentais de Justiça para as Vítimas de Delitos e do Abuso de Poder⁴¹.

A sobrevivitização da vítima pode ocorrer antes mesmo de iniciado o processo penal. Sendo a persecução penal englobada tanto pelos atos processuais como pelo inquérito, este poderá ocasionar consequências que podem ser definidas como vitimização secundária.

Ainda que se admitam outras formas de se subsidiar a ação penal, é o inquérito policial o meio natural em que se fundamenta a propositura da ação. O inquérito é procedimento escrito, preparatório, que tem por finalidade averiguar o fato delituoso e sua autoria. Para tanto, exerce seus atos de investigação sendo presidido pela autoridade policial, o delegado de

⁴¹ ONU. **Declaração de Princípios Básicos de Justiça para Vítimas de Crime e de Abuso de Poder**. Adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas na sua resolução 40/34, de 29 de Novembro de 1985. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direitos-Humanos-na-Administra%C3%A7%C3%A3o-a-Justi%C3%A7a.-Prote%C3%A7%C3%A3o-dos-Prisioneiros-e-Detidos.-Prote%C3%A7%C3%A3o-contra-a-Tortura-Maus-tratos-e-Desaparecimento/declaracao-dos-principios-basicos-de-justica-relativos-as-vitimas-da-criminalidade-e-de-abuso-de-poder.html>>. Acesso em: 13 ago. 2013.

polícia, a quem incumbe todas as diligências da investigação, documentando-as em autos próprios.

Portanto, pode-se falar numa finalidade geral do inquérito, enquanto instrumento de apuração do fato criminoso; e numa finalidade específica, ou imediata, que é servir de base para a denúncia ou a queixa, isso revela o caráter instrumental dos procedimentos investigatórios realizados pela polícia judiciária, reunidos num só processo, que é inquérito policial.⁴²

O inquérito policial pode ser instaurado formalmente de ofício tendo como o primeiro ato formal a portaria lavrada pela autoridade policial. Pode, ainda, ser iniciado pela lavratura do auto de prisão em flagrante, ou mediante representação do ofendido, por requisição do juiz, ou Ministério Público (MP).

O inquérito policial será iniciado de ofício sempre que a autoridade policial tiver conhecimento da ocorrência de crime. A *notitia criminis* pode chegar ao delegado de diversas formas, como por meio do exercício de suas atividades rotineiras, que é o caso da chamada cognição imediata. Pode ainda o delegado tomar conhecimento da ocorrência de crime através de terceiros é o que se chama de cognição mediata.

Nos casos de crimes de ação penal pública incondicionada o delegado poderá iniciar de ofício o inquérito policial. Poderá, ainda, intentar a abertura do inquérito no caso de crime de ação penal privada ou pública condicionada à representação da vítima somente quando ocorrer a representação ou requerimento da vítima ou de seu representante.

São os órgãos da segurança pública que normalmente têm o primeiro contato com a vítima de crime, contudo nem sempre a polícia encontra-se preparada para atender de forma adequada as vítimas, ocasionando, portanto, uma nova vitimização. Vários são os problemas enfrentados no cotidiano das delegacias, desde a falta de estrutura adequada para receber as vítimas, falta de materiais necessários para proceder à investigação e de deficiência de traquejo por parte dos policiais, que muitas vezes não recebem o treinamento apropriado para ouvir, tratar, conversar e recepcionar as vítimas, visto que estas já se encontram em uma situação de total fragilidade frente à ocorrência do crime.

Outras vezes, a vítima ainda sofre certa desconfiança nos meios policiais como bem destaca Antonio Scarance Fernandes:

Mais do que isso do que tudo isso, muitas vezes a vítima é vista com desconfiança, as suas palavras não merecem logo de início, crédito, mormente em determinados crimes como os sexuais. Deve prestar

⁴² MACHADO, Antonio Alberto. **Curso de processo penal**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 88.

declarações desagradáveis. Se o fato é rumoroso, há grande publicidade em torno dela, sendo fotografada, inquirida, analisada em sua vida anterior. As atenções maiores são voltadas para o réu. Isso gera o fenômeno que nos estudos recentes tem chamado de vitimização secundária.⁴³

Sem dúvidas, os delitos sexuais são crimes que mais podem causar, além da vitimização primária, consequências aptas a gerar a vitimização secundária. Nesse sentido, tanto a reforma do Código de Processo Penal, pela Lei n. 11.690/2008⁴⁴ e a recente aprovação do Lei n. 12.845⁴⁵ que visam impedir algumas consequências desastrosas nesse tipo de crime.

O art. 201, § 5º do CPP, com a redação definida pela Lei n. 11.690 de 2008, prevê que, se o juiz achar conveniente, poderá encaminhar o ofendido para atendimento multidisciplinar, especialmente nas áreas psicossocial, de assistência jurídica e de saúde, a expensas do ofensor ou do Estado. Da mesma sorte à Lei n. 12.845/2013, que dispõe sobre o atendimento obrigatório e integral de pessoas em situação de violência sexual em todos os hospitais integrantes da rede do Sistema Único de Saúde (SUS).

Parece, nesse sentido, que a legislação brasileira aproxima-se da Declaração sobre os Princípios Fundamentais de Justiça para as Vítimas de Delitos e do Abuso de Poder, que preconiza as seguintes diretrizes, no que concerne aos serviços às vítimas de crime e abuso de poder:

14. As vítimas devem receber a assistência material, médica, psicológica e social de que necessitem, através de organismos estatais, de voluntariado, comunitários e autóctones.

15. As vítimas devem ser informadas da existência de serviços de saúde, de serviços sociais e de outras formas de assistência que lhes possam ser úteis, e devem ter fácil acesso aos mesmos.

16. O pessoal dos serviços de polícia, de justiça e de saúde, tal como o dos serviços sociais e o de outros serviços interessados deve receber uma formação que o sensibilize para as necessidades das vítimas, bem como instruções que garantam uma ajuda pronta e adequada às vítimas.⁴⁶

⁴³ FERNANDES, Antonio Scarance. **O papel da vítima no processo criminal**. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 69.

⁴⁴ BRASIL. Lei n. 11.690, de 9 de junho de 2008. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Poder Legislativo, Brasília, DF, 9 jun. 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm>. Acesso em: 16 fev. 2014.

⁴⁵ Id. Lei n. 12.845, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre o atendimento obrigatório e integral de pessoas em situação de violência sexual. **Diário Oficial da União**. Poder Legislativo, Brasília, DF, 1º ago. 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm>. Acesso em: 16 fev. 2014.

⁴⁶ Id. Ministério da Justiça. **Normas e Princípios das Nações Unidas em Matéria de Prevenção ao Crime e Justiça Criminal**. Brasília, DF: Secretaria Nacional de Justiça, 2009. p. 277.

Tanto durante a investigação do inquérito policial como na fase probatória durante o processo penal, pode-se visualizar outro procedimento apto a causar a sobrevivitização que é o ato de realização do exame de corpo de delito.

Sempre que a infração deixar vestígios a realização do exame de corpo de delito, direta ou indireta, será obrigatória e nem mesmo a confissão do acusado poderá suprir tal exame, conforme dispõe do art. 158 do Código de Processo Penal (CPP).

A vitimização secundária pode ocorrer exatamente na obrigação da realização do exame, tendo em vista que muitos crimes, como os violentos e todos aqueles que abalam física e moralmente a pessoa, como é o caso dos delitos sexuais, o art. 158 do CPP prescreve a obrigatoriedade do exame nos crimes que deixam vestígio, e caso não ocorra a realização do exame poderá ter por consequência a nulidade do processo, de acordo com o art. 564, III, b do CPP. Tal imposição só encontra ressalva no caso da prova testemunhal art. 167 do CPP.

Depreende-se desses artigos a necessidade de, principalmente nos crimes sexuais, a vítima se submeter ao exame de corpo de delito. Deste modo, ressalta-se a necessidade do adequado tratamento da vítima por aqueles que são os primeiros a atender uma ocorrência como esta. Uma atitude acolhedora pelos atendentes, com todo tipo de apoio, poderá repercutir na vontade da vítima em realizar o exame e prosseguir inclusive com a representação para a ação penal que for condicionada.

Visando a diminuição dos efeitos da vitimização secundária muitos estados da Federação criaram delegacias de atendimento especializadas em determinados crimes como a delegacia de atendimento ao consumidor, à mulher, à criança e ao adolescente, ao idoso e outras. Mais uma importante iniciativa diz respeito à criação de centro de referências para todo o tipo de assistência que a vítima necessitar, como é o caso, por exemplo, do município de São Paulo que criou, com base na Lei n. 13.198/2001⁴⁷, uma rede de assistência que congrega assistência social, terapêutica, médica e assessoria técnica para o acompanhamento das vítimas. O Estado de São Paulo também fundou o Centro de Referência e Apoio à Vítima (CRAVI), que tem por escopo oferecer atendimento público e gratuito a vítimas de crimes violentos e seus familiares. O atendimento é realizado por uma equipe multidisciplinar, formada por psicólogos, assistentes sociais e defensores públicos.

⁴⁷ SÃO PAULO (Cidade). Lei n. 13.198, de 30 de outubro de 2001. Dispõe sobre a assistência às vítimas de violência e dá outras providências. **Diário Oficial Cidade de São Paulo**, São Paulo, SP, 31 out. 2001. Disponível em: <<http://camaramunicipal.sp.qaplweb.com.br/>>. Acesso em: 20 abr. 2013.

É bem verdade que a reforma operada pela Lei n. 11.690 de 2008⁴⁸, que alterou a capítulo V do título VII do CPP, promoveu uma série de modificações que têm por objetivo, inclusive, diminuir a sobrevivitização no processo penal. Contudo, subsistem algumas formas que ainda ocasionam a vitimização secundária no processo penal.⁴⁹

A investigação pelo inquérito policial comporta, de fato, diversas formas e formalidades que podem acarretar a vitimização secundária, sendo que algumas delas são inerentes ao procedimento administrativo, e mesmo consequências do modelo de processo penal constitucional, que, por exemplo, ao estabelecer o princípio da publicidade, poderá fazer que a exposição midiática do caso ocasionasse constrangimentos desnecessários aos sujeitos passivos do crime e aos investigados/acusados. Nesse sentido e exemplar o caso da escola base ocorrido na cidade de São Paulo.

Findada as diligências investigativas do inquérito policial, a autoridade policial, isto é, o delegado de polícia, irá elaborar um relatório minucioso de tudo o quanto o foi investigado durante o inquérito, bem como o que de relevante não foi possível investigar. Esse relatório não deverá conter opinião a respeito de qualquer valoração de provas ou da responsabilidade criminal do investigado; deve ser um relatório objetivo sob pena de invadir a área de atuação do Ministério Público, a quem incube de fato a *opinio delicti*.

Ainda que se possa visualizar com melhor nitidez a vitimização secundária na fase do inquérito policial, o processo penal comporta também diversas formas de sobrevivitização.

O processo penal inicia-se com o oferecimento da denúncia pelo Ministério Público ou da queixa pelo querelante⁵⁰, respectivamente nos casos de ação penal pública e ação penal privada. É necessário que a denúncia e a queixa sejam lastreadas por elementos mínimos de autoria e materialidade do fato, comumente chamados de justa causa, para que ocorra o início da ação. Esses elementos poderão chegar até o titular da ação penal por vários meios, entre os quais se destacam: as sindicâncias, as Comissões Parlamentares de Inquérito (CPIs), os relatórios administrativos, como na lei de falências e recuperação de empresas, a representação direta da vítima nos crimes de abuso de autoridade, os termos circunstanciados e principalmente o inquérito policial. Tenta-se evitar desse modo à formulação de acusações temerárias, infundadas, sem cabimento algum no que concerne ao mínimo de lastro probatório para o início do processo penal. É mesmo importante que, para o exercício da ação penal, seja

⁴⁸ BRASIL. Lei n. 11.690, de 9 de junho de 2008. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Poder Legislativo, Brasília, DF. 9 jun. 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm>. Acesso em: 16 fev. 2014.

⁴⁹ De forma pormenorizada, as reformas que introduzem maior atenção às vítimas estão detalhadas na seção 5.3.

⁵⁰ Por querelante entende-se tanto a vítima ou seu representante apto a representá-la.

necessário condições mínimas, porquanto o processo penal é um grande infortúnio na vida do acusado, fator de grande estigmatização, sendo umas das consequências mais notórias e desastrosas na vida de qualquer um, somente superada essa estigmatização pela eventual condenação do réu.

Há um espaço entre o final do relatório pela autoridade policial e a entrega do mesmo para o magistrado, para que este encaminhe ao Ministério Público, que pode ser considerado como uma forma de sobrevivitização, tendo em vista que se trata de um ato extremamente importante e que talvez interesse à vítima conhecer o relatório final elaborado pelo delegado de polícia; afinal ela é uma das mais interessadas em saber os resultados obtidos durante a investigação realizada pela polícia judiciária.

Esse *iter* entre a entrega do relatório e a distribuição para o juízo competente, e posterior abertura de vista para o órgão do Ministério Público, comporta, não só em tese, uma vitimização secundária, mas, sobretudo tem relevância prática enorme para aquelas vítimas que queiram se inteirar por completo dos procedimentos até então realizados pela polícia judiciária e os futuros atos processuais.

Oferecida a denúncia pelo MP, as consequências serão as seguintes: a) recebimento da peça acusatória; b) indeferimento por inépcia; c) rejeição da peça acusatória.

O recebimento da denúncia representa a fixação da instância e o reconhecimento, a um só tempo, da admissibilidade da acusação e da competência do juízo, decorrendo daí a necessidade automática de se proceder à imediata citação do réu para conhecer e responder à pretensão do autor. Há dois momentos processuais nos quais a vítima deveria poder participar. O primeiro é o final do relatório, porquanto, a vítima que tenha constituído advogado talvez pudesse querer ter ciência do final do inquérito para, assim, saber o conteúdo do mesmo. Outro momento é que, ao abrir vista para órgão de acusação, o juiz deveria também proceder à intimação da vítima, para que, caso o Ministério Público se sinta necessariamente apetrechado para o oferecimento da denúncia, a vítima se coloque como assistente do MP, ou que ao menos possa oferecer um rol de testemunhas, já que a apresentação de testemunhas só poderá ser realizada pelo titular da ação penal no momento do oferecimento da denúncia.

Na fase de sentença também se pode ver, pela dicção do art. 382 do CPP, que o ofendido não poderá recorrer sentença por meio de embargos para sanar obscuridade, ambiguidade, contradição ou omissão, nem mesmo aquele que está habilitado no processo como assistente de acusação.

A reforma do Código de Processo Penal, processada em 2008, visou sensivelmente diminuir os efeitos sobrevivitizadores do processo penal. Contudo, ainda subsistem alguns

problemas cujas raízes encontram-se no fato de não se reconhecer a vítima como parte-sujeito de direitos na órbita processual penal. No decorrer do presente estudo serão mostrados outros casos de sobrevivitização, bem como propostas para ilidir tais acontecimentos.

O processo penal, a fase de instrução leva a vítima a recordar todo o acontecimento que ensejou em sua vitimização e durante este ato ela terá que prestar esclarecimentos em juízo sobre o acontecido, sendo que os advogados de defesa se utilizam de seu comportamento e declarações para ilidir, ou pelo menos justificar em parte, o ato delituoso. Além disso, ela irá se colocar no mesmo ambiente que seu algoz, fazendo com que se lembre de um momento de sua vida que talvez seja aquele que ela mais deseja esquecer. Assim, percebe-se que algumas causas de sobrevivitização são inerentes à dinâmica processual.

O ato processual se reveste de todo um conteúdo formal, com seus rituais, com sua linguagem técnico-forense, aliado a todo o despreparo de juízes, promotores, advogados em estabelecer uma relação com a vítima que a veja para além da dinâmica formal do processo, fazendo com que na maioria das vezes a enxerguem apenas como um objeto de prova, uma espécie de testemunha *sui generis* do acontecimento penal.

Fica evidente, também, que em um modelo de justiça professado, isto é, orientado para que o processo penal tão somente imponha uma pena, não se preocupando em dirimir um conflito interpessoal, ou seja, reificando vítimas e acusados, não se importando com a reparação do dano seja ele econômico, psicológico, afetivo e mesmo a reintegração de vítima e acusado na sociedade é deixada de lado.

Nesse sentido é que a Declaração da Organização das Nações Unidas (ONU)⁵¹ propõe que poderão ser utilizados modelos de solução de conflito que não apenas tenham por meta uma decisão técnico-formalista, mas que sejam criadas para a vítima oportunidades para, mesmo antes do procedimento penal, poder ter resolvidas suas aspirações por meio da mediação, arbitragem e conciliação ou outras formas que tenham por objetivo reparar do dano. É, assim, que de certa forma nos últimos tempos se tem falado de um ‘redescobrimto da vítima’, sobretudo como contribuição do discurso vitimológico.

⁵¹ Serão utilizados, quando adequados, mecanismos oficiosos para a solução das controvérsias, incluídas a mediação, a arbitragem e as práticas de justiça consuetudinária ou autóctone, no sentido de facilitar a conciliação e a reparação em favor das vítimas. Item 7 (ONU. **Declaração de Princípios Básicos de Justiça para Vítimas de Crime e de Abuso de Poder.** Adotada pela Assembléia Geral das Nações Unidas na sua resolução 40/34, de 29 de Novembro de 1985. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direitos-Humanos-na-Administra%C3%A7%C3%A3o-da-Justi%C3%A7a.-Prote%C3%A7%C3%A3o-dos-Prisioneiros-e-Detidos.-Prote%C3%A7%C3%A3o-contra-a-Tortura-Maus-tratos-e-Desaparecimento/declaracao-dos-principios-basicos-de-justica-relativos-as-vitimas-da-criminalidade-e-de-abuso-de-poder.html>>. Acesso em: 12 jun. 2013.

Por último, ainda cabe refletir sobre chamada vitimização terciária, que pode ser compreendida como as consequências das vivências ocasionadas pela vitimização primária e secundária. É na verdade a estigmatização ocasionada pelo crime sofrido e pelo desamparo, por parte do Estado e de todas as pessoas que, de alguma forma, poderiam ajudar a vítima a superar suas dificuldades.

2.3 Contributo vitimológico para ciências criminais

Como já analisado, o estudo ordenado da vítima que se deu a partir do final da década de 1940 e principalmente nos anos de 1970, levou ao entendimento de que estar-se-ia numa fase de redescobrimto da vítima, ou mesmo da criação de um movimento vitimológico que transpassaria às ciências criminais.

Não se contesta o fato de que a vítima, no decorrer da história, foi alijada do protagonismo e da trama do conflito social até seu quase que completo esquecimento e que somente a partir da ideia da vitimologia como ciência, voltada para o resgate do papel da vítima nas ciências criminais, colocando esta como objeto de estudo sistemático, é que pode-se falar em uma ciência vitimológica, contudo repudia-se a ideia de ‘redescobrimto’ ou de ‘movimento vitimológico’.

Entende-se que estas expressões não coadunam com a nova economia pretendida pela inserção da temática da vítima no âmbito das ciências criminais. Quando se fala em ‘redescobrimto’ pensa-se em algo que, anteriormente, era conhecido e por algum tempo ficou encoberto para, superado determinado tempo, voltar à tona. Contudo, não se pode furta a salientar que a vítima que emerge na atual dogmática não é a mesma que outrora se via vividamente prestigiada no âmbito da justiça penal privada.

Nesse sentido, Ana Sofia Schmidt observa que:

Em primeiro lugar, deve-se considerar que a vítima que hoje desponta no campo do direito penal, independente do impacto teórico ou prático que vá causar nesse ramo do direito, não é a mesma vítima da historia distante. A ela foram agregados os atributos que integram a “dignidade da pessoa humana”, no exato sentido e extensão conferidos ao termo no art. 1.º da Constituição do Brasil. E mais. O contexto social em está inserida não é formado por grupos vinculados só pelas urgências da vida, nem dominado por um soberano centralizador. E o contexto do Estado Democrático de Direito. Aí já reside uma distinção fundamental que torna, no mínimo, perigosa a utilização da expressão “redescobrimto”.⁵²

⁵² OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt. **A vítima e o direito penal**. São Paulo: Ed. RT, 1999. p. 58.

Também não se pode coadunar com a ideia de um movimento vitimológico⁵³. Afinal, quando se afirma constituir um movimento denota-se o fato de que algo estava parado e que, a partir de então, colocar-se-á em marcha uma ideia como um movimento retilíneo, com objetivos, com seus meios, planos, táticas e estratégias para conseguir os objetivos que se pretende alcançar. Não parece razoável a ideia de que a vitimologia possa apresentar-se como um movimento, porquanto suas reivindicações não apresentam um todo homogêneo convergente dentro de objetivos específicos, método definido. Para demonstrar esse fato basta, no momento, apenas indicar as várias abordagens que o discurso vitimológico assume no que concerne à política criminal.

Em virtude dessas considerações e daquelas estabelecidas quanto a uma historiografia tradicional avulta-se que, melhor do que falar em ‘redescobrimto’ ou ‘movimento vitimológico’ seria identificar que a assaz preocupação com a vítima, ao corroborar com as ciências criminais, leva a uma nova realidade, pois a vitimologia tem por mérito estabelecer uma nova perspectiva no estudo da vítima nas ciências criminais, alargando o objeto da criminologia que, até então, ficava restrita ao crime, à pena e ao criminoso, além de propor novas soluções dogmáticas para o processo e direito penal, não deixando sem razão de influenciar os discursos políticos-criminais hodiernos.

Expostas estas necessárias observações introdutórias passa-se ao fato de que o contributo vitimológico pode ser demonstrado a partir da importância de seus primeiros tratadistas, uma vez que seus estudos resultaram no fato destes terem sido os primeiros a cunharem as elementares categorias e nomenclaturas da então nova ‘ciência’ que despontava dentro do universo das ciências criminais.

Dentre os que podem ser considerados como pioneiros no estudo da vítima de forma sistemática destacam-se Benjamin Mendelsohn, advogado e professor israelita perseguido pelo nazismo que, em 1947, pronunciou em Bucareste, sua famosa conferência “Um horizonte novo na ciência biopsicossocial: a vitimologia”. A partir daí começa a fortalecer-se a ideia de que a vítima não mais poderia ser vista apenas como mero coadjuvante da prática do ilícito penal.⁵⁴

O segundo é Hans Von Heting, professor de criminologia na Universidade de Bonn. Após sua imigração para os Estados Unidos da América publicou, em 1948, o livro: “O

⁵³ OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt. **A vítima e o direito penal**. São Paulo: Ed. RT, 1999. p. 59.

⁵⁴ apud BITTENCOURT, Edgar de Moura. **Vítima**. São Paulo: Universitária de Direito, 1972. p. 18

criminoso e suas vítimas”, sistematizando uma das primeiras classificações de vítimas, já assinalando a importância da relação delinquente-vítima para a eclosão do fato criminoso.⁵⁵

Etimologicamente o termo vitimologia deriva do latim *victima, ae* e da raiz grega *logos*. Foi empregada pela primeira vez, por Benjamin Mendelsohn, em sua conferência de Bucareste.

Algo recorrente quando se procura definir uma ciência ou parte de uma ciência é sua confusão com seu objeto de estudo. A partir do momento em que a vítima começou a ser estudada de forma sistemática a doutrina discordava, e ainda discorda, sobre a vitimologia ser uma ciência autônoma em relação à criminologia ou ser parte da mesma.

Em âmbito preliminar cumpre definir o que se entende por vitimologia. De contorno paradoxal, tendo em vista que, de forma simples, porém profunda já foi definida como sendo o estudo sistemático da vítima, o que quer dizer muito, todavia, ainda, de forma ainda superficial.

Um dos pioneiros sobre o tema no Brasil, Edgar de Moura Bittencourt, entende por vitimologia:

[...] o estudo da vítima no vasto e multiforme campo do Direito, abrangendo inclusive a Sociologia Jurídica, e sobretudo a Medicina Legal. Realmente a pessoa ou entidade sacrificada ou lesada é objeto de estudos, pesquisas, científicas e princípios, não apenas no terreno da Criminologia, da Política Criminal, e da Dogmática Penal, mas em quase todos, senão todos, os ramos das ciências penais. Para tal, bastaria que se desse ao conceito de vítima um sentido que não a restrinja à condição de sujeito passivo do delito. Então, no Direito Social, com a Infortunística; no Direito Civil; com as lesões ou morte por ato ilícito; no Direito Administrativo, com a responsabilidade dos órgãos estatais e paraestatais; no Direito Constitucional, com suas normas sobre a responsabilidade e amparo social, além de outros ramos onde também se apresenta o fenômeno vitimológico, - seria encontrado farto objeto de destaque para estudos.⁵⁶

Para o percussor da vitimologia no âmbito da doutrina brasileira ela compreenderia e encontraria seu plano de ação não somente no farto terreno das ciências criminais, mas também em outras disciplinas congêneres às ciências jurídicas, demonstrando desta maneira um forte caráter interdisciplinar.

Para Heitor Piedade Junior, autor de importantes trabalhos dedicados ao fenômeno vitimológico, esta envolveria também, investigações em outras áreas do conhecimento, como a biologia, a

⁵⁵ BITTENCOURT, Edgar de Moura. **Vítima**. São Paulo: Universitária de Direito, 1972. p. 15. A doutrina não guarda de forma pacífica a qual dos dois deve ser outorgado o título de verdadeiro pioneiro da vitimologia. Tirando o fato de se incorrer em erro histórico esse fato não acarreta maiores problemas para a realidade.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 18.

psiquiatria, a psicanálise, a sociologia e as comunicações; e que por tratar-se de ramo das ciências do homem, ela encontraria seus limites no próprio homem, afinal este ainda seria a medida de todas as coisas.⁵⁷

A vitimologia pode ser descrita como o estudo psíquico, antropológico e social da vítima, visando apurar as condições em que o indivíduo apresenta ou poderá apresentar tendência a ser vítima de uma terceira pessoa, dos seus próprios atos ou de fatos da natureza⁵⁸.

Antonio Beristain, um dos mais destacados vitimólogos da atualidade, define a vitimologia:

[...] como a ciência y arte pluri, inter transdisciplinar que – en íntima relación com la investigación y la praxis del Derecho Penal, la Criminología, la Sociología, la Filosofía, y la Teología – investiga la victimación primaria, secundaria y terciaria, así como sus factores etiológicos, sus controles, sus consecuencias y sus respuestas superadoras de los conflictos y la delincuencia. Presta atención al análisis bio-psico-social de las diversas clases de víctimas, no solo las directas e inmediatas. Esta ejerce cada día más influencia en el campo tradicional de los delitos y de las sanciones. Un ejemplo concreto ha encontrado ya carta de ciudadanía: la sustitución del principio fundamental del tradicional sistema procesal democrático indubio pro reo por el “revolucionario” in dubio pro víctima.⁵⁹

Com o desenvolvimento dos estudos vitimológicos a ideia de cultivar uma nova ciência restou clara em muitas pesquisas sobre o tema. Nesse sentido “[...] a vitimologia não é exceção e desde o princípio tentou criar tipologias próprias, que permitem compreender melhor o papel desempenhado pelas vítimas no fenômeno criminal.”⁶⁰

O estudo das causas da vitimização, ou seja, os motivos que levam uma determinada pessoa ou grupo a sofrer alguma violação em seus direitos teve por consequência a elaboração de uma série de tipos de vítimas, bem como de outras tipologias vitimológicas.

Trilhando o caminho da elaboração dos lineamentos teóricos que envolvem a vitimologia pode-se falar de algumas categorias vitimológicas, como por exemplo, a parêntese penal ou dupla penal, *iter victimae* e a predisposição vitimal.

Partindo-se do enfoque de que o crime como fenômeno complexo deve ser estudado tanto pela perspectiva do criminoso como da vítima, a tônica inicial dos estudos incidiu sobre a etiologia da vitimização e, nesta tentativa de melhor explicar a relação existente entre o ofensor

⁵⁷ PIEDADE JUNIOR, Heitor. **Vitimologia**: evolução no tempo e espaço. Rio de Janeiro: Frei Bastos, 1993. p. 79.

⁵⁸ OLIVEIRA, Frederico Abrahão. **Vítimas e criminosos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1983. p. 35.

⁵⁹ BERISTAIN, Antonio. **Derecho penal, criminología y victimología**. Curitiba: Juruá, 2007. p. 358.

⁶⁰ RODRIGUEZ MANZANERA, Luis. **Victimologia**. México: Porrúa, 1989. p. 81.

e vítima, foram cunhadas expressões que demonstram o binômio existente entre esses dois sujeitos.

A expressão *parelha penal*⁶¹ foi proposta por Benjamin Mendelsohn. Nota-se, desde já, que esta não se confunde com a *parelha criminal*. A *parelha criminal* indica, na verdade, os interesses homogêneos e harmônicos das pessoas que agem como personagens do crime, configurando a ideia de empreendimento de um ato criminoso, ou seja, a associação criminosa que na dogmática jurídico penal é tratada sobre a rubrica da autoria e participação; enquanto a *parelha penal* reflete a ideia de que vítima e vitimário colocam-se em lados opostos. Contudo, em algumas oportunidades, dado o desencadeamento da situação problema, essa oposição pode ficar atenuada em razão da colaboração da vítima; daí se falar em uma vítima colaboradora.

Edmundo Oliveira, ao analisar a importância do estudo da relação entre o delinquente e a vítima, pondera que em ambas as hipóteses, seja de *parelha criminal* ou de *parelha penal*, devem ser apuradas todas as circunstâncias e detalhes inerentes ao crime cometido, para que o possível juízo de reprovabilidade, lançado sobre a conduta de cada um dos agentes, seja determinado de modo justo e adequado. Demonstra, ainda, o autor, um fato que muito interessa, que reside na observação de que, na dinâmica da dupla penal, muitas vezes as relações entre vítima e vitimário derivam de relações de afeto, como amizade, relações familiares, de companheirismo, e outras. Daí a relevante constatação de que o sistema de justiça penal, muitas vezes se mostrará o menos indicado para solucionar os conflitos em questão.⁶²

Esta constatação é um dos principais argumentos para a implementação, no âmbito do sistema de justiça criminal, de alternativas que propugnam mecanismos de conciliação e mediação, de forma a não aumentar, ainda mais, o distanciamento das pessoas envolvidas em situações-problemas submetidas à justiça penal, já que se estimula a participação da sociedade e dos diretamente envolvidos no conflito. Esses mecanismos alternativos podem ter, como consequência, um estímulo de participação cidadã na resolução de conflitos. Apesar disso esse tipo de solução, por vezes, pode colocar em rota de colisão os interesses normativos do Estado e os interesses individuais ou coletivos dos diretamente envolvidos.⁶³

Enfocando, ainda, a interação entre criminoso e vítima e, sobretudo partindo da

⁶¹ BITTENCOURT, Edgar de Moura. **Vítima**. São Paulo: Universitária de Direito, 1972. Prefere a expressão dupla penal. Refuta-se tal tradução uma vez que poderia ser confundida com a *parelha criminal*. Talvez fosse o caso de considerar a expressão dupla penal gênero do qual *parelha penal* e *criminal* seriam espécies.

⁶² OLIVEIRA, Edmundo. **Vitimologia e direito penal**. 4. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 58.

⁶³ Esse assunto foi explorado em pormenores na Seção 4.

analogia do *iter criminis*, construção criminológica que põe em relevo os caminhos percorridos pelo criminoso até a realização da conduta típica e ilícita, Manzanera⁶⁴ descreve o *iter victmae*.

O *iter criminis* comporta quatro fases: a primeira é a cogitação do crime, fase de idealização do mesmo e não possui relevância prática no cenário jurídico, visto que não se pune o simples pensar em delinquir; a fase de atos preparatórios, onde o agente irá proceder à obtenção dos meios, dos instrumentos e todo o cenário necessário para a realização da empreitada criminosa, sendo que, via de regra, os atos preparatórios também não são puníveis⁶⁵; atos de execução, que é a ação propriamente dita, acarretando a violação de um bem jurídico, tutelado penalmente; e, por último, fala-se da fase da consumação, ocasião em que é consumado o crime, ou seja, quando se esgotam todos os elementos da definição legal do crime (art. 14, I, do CP) ou tentativa do crime, quando iniciada sua execução o delito não se consumir por circunstâncias alheias à vontade do agente (art. 14, II, do CP).

O primeiro momento do *iter victimae* é o da intuição ou a idealização de se tornar vítima, de sofrer alguma forma de prejuízo; a partir dos movimentos da vítima (atos preparatórios) pode-se falar em uma vítima consensual ou em uma vítima resistente, que é aquela que repele a conduta do agente; na fase da execução nota-se verdadeiramente o rumo da dinâmica que a dupla penal irá tomar.

A partir desse momento, Manzanera⁶⁶ elabora uma série de cruzamentos entre vítima e ofensor que podem ser convergentes ou divergentes, comportando vários níveis de interação. Na primeira forma de encontro entre vítima e ofensor, estes, ao se cruzarem, seguem caminhos diferentes de acordo com seus interesses pessoais ou conveniência; no segundo, ao se cruzarem, o ofensor alcança total êxito na sua atitude criminosa, como no exemplo do homicídio ou furto; o terceiro representa o encontro entre vítima e ofensor, resultando na morte do ofensor, como que ocorre na legítima defesa; o quarto incide quando o ofensor segue o caminho da vítima em seu cotidiano, estabelecendo laços com ela, sendo o exemplo claro de tal situação o da mulher que se vê obrigada a casar com seu estuprador para que este repare o dano; o quinto encontro representa a vítima que busca realizar justiça com as próprias mãos, como no caso da vingança.⁶⁷

Na formação teórica da vitimologia, pode-se falar, ainda, da predisposição vitimal, isto

⁶⁴ RODRIGUEZ MANZANERA, Luis. **Victimologia**. México: Porrúa, 1989. p. 83.

⁶⁵ Ressaltam-se aqui os crimes de perigo abstrato e as opções de política criminal que estabelecem a punição em tais crimes.

⁶⁶ RODRIGUEZ MANZANERA, op. cit., p. 85.

⁶⁷ Ibid., p. 143-146.

é, partindo-se mais uma vez de uma categoria criminológica, qual seja a periculosidade criminal, cria-se uma categoria correspondente na vitimologia.

Na terminologia penal, a periculosidade, relativamente às pessoas, entende-se a propensão delas para o mal, a tendência para o mal, revelada por seus atos anteriores ou pelas circunstâncias em que praticaram o delito. E prossegue: A periculosidade criminal é a que se evidencia ou resulta da prática do crime, e se funda no perigo da reincidência [...] Social ou criminal a periculosidade individual se caracteriza pelas tendências perigosas das pessoas reveladas ou mostradas por suas ações, isto é, suas inclinações especiais para o mal ou para a prática de atos criminosos; seja aquela determinada por más índoles ou por qualquer enfermidade mental, que lhes tire ou restrinja o discernimento.⁶⁸

No ordenamento jurídico brasileiro, o termo periculosidade foi afastado quase que por completo dos textos legais, subsistindo, sobretudo por força da prática forense e por algumas incidências no Código Penal (CP), especificamente nos artigos 97 e 98 do CP, restando, portanto, a periculosidade do agente como pressuposto para aplicação da medida de segurança.

Partindo-se da hipótese de que a periculosidade, por si só, enseja uma realidade psicoclínica observável e que, através das mais variadas estruturas sociais e psicológicas ocorrem um complexo de atuações que podem desencadear as reações e condições que ensejam o risco de perigo, esse processo desencadeante somente pode ser separado entre periculosidade vitimal e periculosidade criminal em sentido didático.⁶⁹

Ao mesmo tempo em que se discute um núcleo criminógeno, observa-se, também, fatores do núcleo vitimógeno, ambos reafirmando os impulsos que irão despertar as causas como: solidão, excitação, depressão, agressividade, desequilíbrio emocional, repúdio ao trabalho e às pessoas, fatores esses que se tornam circunstâncias vitimógenas.

Logo, a periculosidade vitimal pode ser definida como:

[...] a quantidade e qualidade constantes de estímulos agressivos que a vítima projeta objetiva ou subjetivamente sobre si ou sobre outrem, favorecendo ou estimulando nesses conduta (sic) violenta, impulsiva e agressiva capaz de provocar danos e sofrimentos em si próprio.⁷⁰

No contexto da periculosidade vitimal foi cunhada a noção de crime precipitado pela

⁶⁸ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 1030.

⁶⁹ Nesse sentido: VARGAS, Heber Soares. Periculosidade vitimal. In: KOSOVSKI, Ester (Org.). **Vitimologia em debate**. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 84.

⁷⁰ Ibid.

vítima, *victim-precipitated*, que encontraria, como uma das causas determinantes para ocorrência do evento danoso, certos sinais conscientes ou inconscientes, que a vítima emitiria ao agente de forma a contribuir para afetação do bem jurídico tutelado pela norma penal.

Concomitante à investigação das categorias que demonstram a interação entre vitimário e vítima surgiram, ainda, as tipologias de vítimas que também colaboraram para demonstrar a fragilidade da ideia de uma vítima sempre totalmente inocente e passiva e um autor sempre culpado, evidenciando, desta maneira, a verdadeira influência mútua que ocorre entre o agente do crime e a vítima e, por vezes, tornando essa distinção quase inexistente.

Uma das primeiras tipologias de vítimas foi produzida por daquele que é considerado o fundador da vitimologia. Para Benjamin Mendelsohn, conforme Octavio Iturbe, as vítimas poderiam ser classificadas em: 1) a vítima completamente inocente ou vítima ideal; 2) vítima de culpabilidade menor ou vítima ignorante; 3) vítimas voluntárias ou tão culpadas quanto a delinquente; 4) vítima mais culpada que o infrator e 5) vítima como única culpada. Como consequência dessa classificação, Mendelsohn deduz três outros grupos de vítimas, que são as seguintes: a) vítima inocente ou ideal, aquela que não tem a mínima participação na ocorrência do delito; b) vítima provocadora, irresponsável, imprudente, que por suas ações ou omissões colabora com a prática do delinquente; e c) vítima agressora, imaginária, simuladora.⁷¹

Hans von Heting, em sua obra “O criminoso e suas vítimas”, propõe uma tipologia de vítima fundamentada em seis classes gerais e cinco tipos psicológicos, tendo como intento classificar as vítimas mais frequentes frente a uma observação empírica da realidade. As classes gerais seriam: os jovens, as mulheres, os idosos, os doentes e enfermos mentais, os imigrantes e as minorias. Os tipos psicológicos reuniriam: os deprimidos, os ambiciosos, os lascivos, os solitários, os provocadores, e os bloqueados, excluídos, e agressivos. Posteriormente Heting, em um trabalho sobre Psicologia e Delitos em Particular, indicou uma nova divisão das vítimas em: resistentes, cooperadoras e coadjuvantes.⁷²

Outra destacada tipologia de vítima é a do brasileiro Edmundo Oliveira para quem as vítimas podem ser separadas em: vítima programadora, ou seja, a vítima que, por complexos atos consegue com que o agente criminoso realize a conduta criminosa de acordo com sua

⁷¹ apud BITTENCOURT, Edgar de Moura. **Vítima**. São Paulo: Universitária de Direito, 1972. p. 58.

⁷² Cf. apud PIEDADE JUNIOR, Heitor. **Vitimologia**: evolução no tempo e espaço. Rio de Janeiro: Frei Bastos, 1993. p. 100.

vontade de vítima; vítima precipitadora, ou seja, quando a pessoa percebe que se tornará vítima de um evento criminoso ela, de alguma forma, contribui para a conduta do ofensor. Nesse caso, ainda se pode falar de três outras subcategorias, quais sejam: vítima de culpa exclusiva, quando o próprio nexos causal ficaria ilidido pela conduta da vítima, desaparecendo, portanto, qualquer causa para a condenação do autor da ação; a vítima concorrente, que com sua conduta permite a realização de um tipo penal, que seria o caso, por exemplo, da responsabilidade concorrente do estabelecimento bancário, que tem o dever de indenizar por dano moral o correntista pelo fato de ter efetuado pagamento de cheque falso ou adulterado; e a vítima de culpa recíproca, que é aquela vítima que, por causa de sua atitude de falta de cautela e diligência, torna-se vítima do crime.

Acrescenta-se, ainda, dentro da classificação do criminalístico brasileiro, a vítima de caso fortuito, ou seja, a vítima por consequência de um ato da natureza ou de algum acontecimento não acobertado pela prudência do ser humano; para este tipo de vítima não há um crime a ser punido. Por último, fala-se também em vítima de força maior que é a vítima de um comportamento que emerge como pressão superior aos limites da vontade humana sugeridos pelo senso moral.⁷³

Deve se ponderar e afastar, sob pena de se realizar uma exposição meramente descritiva sobre a influência da vitimologia nas ciências criminais, a nítida influência que a visão positivista da criminologia exerceu nos primórdios da vitimologia.

Na verdade, um dos objetivos da presente dissertação é definir qual o atual status que a vítima deve ocupar no processo penal e, para tanto, tem-se como hipótese que esta deve figurar enquanto sujeito de direitos no processo penal e também que a participação da vítima em modelos participativos e consensuais de resolução de conflito encontra acolhida na atual vitimologia, bem como no atual modelo de Estado, sendo necessário, então, afastar-se das concepções positivistas.

Nos primeiros estudos vitimológicos percebe-se a clara influência da criminologia positivista que, com o escopo fundamental de estudar as causas do crime, a partir da etiologia criminal, estabeleceu seu enfoque nas causas antropológicas, biológicas e sociais.

A vitimologia, ao tentar se separar da criminologia, apresenta como meta a definição de suas próprias categorias e de seu próprio objeto de estudo. No entanto, ao considerar que raramente surge algo novo e, como as coisas simplesmente não brotam do nada, é incomum

⁷³ OLIVEIRA, Edmundo. **Vitimologia e direito penal**. 4. ed. rev e ampl. Rio de Janeiro: Forense. 2005. p. 207 et seq.

se criar algo inteiramente novo sem que tenha havido um elemento prévio à sua criação e elaboração. Ocorre que, no estabelecimento de seu objeto e suas categorias fundamentais, a vitimologia teve como principal fonte a criminologia. E o que se observa, desde o estabelecimento das tipologias de vítimas até as outras categorias vitimológicas analisadas acima, é que se torna impossível não notar, por exemplo, a influência da categoria do criminoso nato de Lombroso em algumas construções de tipos de vítima.

A abordagem de fundo etiológico vem perdendo espaços frente a novas concepções⁷⁴ e necessidades das ciências criminais em definir suas vítimas, como por exemplo, a necessidade de definição de crimes sem vítimas. Igualmente, as tipologias de vítimas têm sofrido diversas críticas e uma das principais fontes foi estabelecida pelos discursos feministas, que veem nessas tipologias uma clara tentativa de responsabilizar as vítimas, como no caso de tipologias que tendem a culpar as mulheres pelos delitos sexuais. Inúmeros são os casos em que os advogados de defesa conseguiram a absolvição de réus declaradamente culpados, em razão da influência do comportamento da vítima ou de um discurso de defesa baseado em preconceitos contra as mulheres como os que acusam as mulheres de provocar os estupradores devido ao seu comportamento ou por suas roupas.

Para ilidir a tentação de focar uma análise positivista da figura da vítima, a vitimologia deve operar por dois caminhos que se mostram igualmente importantes e complementares: primeiramente, ela deve retornar à indiscutível origem atrelada à materialização dos Direitos Humanos no plano internacional; o outro caminho é o fato que o contributo que a vitimologia tem que estabelecer deverá ser firmado no conjunto total das ciências criminais e, para tanto, é impossível não examinar essa influência, tendo como fundo uma explicação do que se entende por ciências criminais ou ciência total ou global das matérias que envolvem o direito penal *lato sensu*. Assim, é cogente resignificar algumas concepções positivistas que influenciaram e ainda influenciam a vitimologia.

No que diz respeito ao campo dos direitos humanos, as atrocidades perpetradas na Segunda Grande Guerra, que devastou dezenas de países e tomou a vida de milhares de seres humanos, gerou na comunidade internacional um sentimento generalizado de que era necessário encontrar uma forma de manter a paz e fomentar o diálogo entre as nações, evitando-se, deste modo, os conflitos armados. Com esse intuito, em 24 de outubro de 1945, cinquenta e um países signatários da Carta das Nações Unidas, reunidos em São Francisco,

⁷⁴ Concepções estas que abandonam uma criminologia comprometida com status quo, abandonam sua formação positivista e passa a tentar se enquadrar na formação e concepção de um Estado democrático de direito.

nos Estados Unidos da América, fundaram a Organização das Nações Unidas (ONU).

O preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos adotados e proclamados pela Resolução nº 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, bem define a preocupação e a crença dos seus signatários nos direitos humanos, dignidade e valor da pessoa humana e na igualdade entre as nações e entre homens e mulheres.⁷⁵

A preocupação comum entre vitimologia e direitos humanos pode ser apreendida da análise de Cançado Trindade:

O Direito dos Direitos Humanos não rege as relações entre iguais; opera precisamente em defesa dos ostensivamente mais fracos. Nas relações entre desiguais, posiciona-se em favor dos mais necessitados de proteção. Não busca obter um equilíbrio abstrato entre as partes, mas remediar os efeitos do desequilíbrio e das disparidades. Não se nutre das barganhas da reciprocidade, mas se inspira nas considerações de *order public* em defesa de interesses superiores, da realização da justiça. É o direito de proteção dos mais fracos e vulneráveis, cujos avanços em sua evolução histórica se tem devido em grande parte à mobilização da sociedade civil contra todos os tipos de dominação, exclusão e repressão. Neste domínio de proteção, as normas jurídicas são interpretadas e aplicadas tendo sempre presentes as necessidades prementes de proteção das supostas vítimas.⁷⁶

Na genealogia da tutela dos direitos humanos no plano internacional percebe-se uma clara noção de que este deve proteger aquelas pessoas que, por alguma razão, se encontram em uma situação de hipossuficiência, sofrendo qualquer tipo de diminuição em sua

⁷⁵ Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo, Considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que os homens gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do homem comum, Considerando essencial que os direitos humanos sejam protegidos pelo Estado de Direito, para que o homem não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra tirania e a opressão, Considerando essencial promover o desenvolvimento de relações amistosas entre as nações, Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta, sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla, Considerando que os Estados-Membros se comprometeram a desenvolver, em cooperação com as Nações Unidas, o respeito universal aos direitos humanos e liberdades fundamentais e a observância desses direitos e liberdades, Considerando que uma compreensão comum desses direitos e liberdades é da mais alta importância para o pleno cumprimento desse compromisso.)ONU. **Declaração Universal Dos Direitos Humanos**. Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948 Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acessado em: 12 jun. 2013).

⁷⁶ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Apresentação. In: PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Max Limonad, 1996. p. 20.

autodeterminação enquanto ser humano, seja por motivos econômicos, sociais, ou mesmo por ocasião de qualquer choque cultural entre pessoas ou nações.

É nesta tentativa de proteger os fracos, os excluídos e todos que, de uma maneira geral se encontram em uma situação de vulnerabilidade, que se pode conceber o traço comum, entre a realidade dos direitos humanos e a vitimologia; ambos, aproveitando o impacto dos horrores da Segunda Guerra Mundial, começaram a demarcar suas áreas de influência e atuação no âmbito das Ciências Jurídicas.

Alguns autores realizaram uma distinção entre uma microvitimização e uma macrovitimização: a primeira descreve a vitimologia, enfocando situações particulares, individualizadas em que determinados grupos ou pessoas sofrem diferentes graus de vitimizações, enquanto a segunda, refere-se aos direitos humanos. Trata-se de uma diferenciação absolutamente válida, contudo, pondera-se que o total desligamento da vitimologia da temática dos direitos humanos pode ocasionar uma utilização da vitimologia no sentido de negação desses direitos, como será evidenciado nas chamadas políticas criminais de tolerância zero, um pouco à frente.

Frente às resignificações que a vitimologia, liberta da influência positivista, pode operar reside no próprio uso das tipologias de vítimas ao invés de sua utilização visando o uso preconceituoso e muitas vezes estereotipado de tais classificações. Nesse sentido, Marisa Helena D'Arbo Alves de Freitas⁷⁷, destaca que a classificação da vítima, como pertencente à determinada categoria, poderá implicar na possibilidade de uma definição mais adequada de sua assistência, bem como, para a adoção de medidas preventivas de sua vitimização.

Na verdade, atualmente, as várias tipologias de vítima, como já assinalado, perderam sua razão de existir; hoje convém muito mais importante elaborar um conceito de vítima que abarque não somente as categorias dogmáticas, mas, sobretudo, que coloque em evidência os vitimizados. O conceito de vítima pode ser estruturado de variadas formas: pode-se obter um conceito baseado no léxico gramatical, um conceito criminológico, um conceito jurídico geral, um conceito firmado no direito penal material ou na dogmática processual penal, além de ser possível apresentar um conceito criminológico que abarca uma pluralidade de sentidos para a palavra com igual importância.

⁷⁷ FREITAS, Marisa Helena D'Arbo Alves de. **Responsabilidade do estado pelos danos às vítimas de crimes**. 2001. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de História, Direito e Serviço Social, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2001. p. 158.

Percebe-se, no que diz respeito ao tratamento dogmático, que o Código Penal não estabeleceu uma seção, título, capítulo exclusivo para as vítimas. Nesse passo, também não foi definida uma expressão suficientemente capaz de albergar um conceito unívoco de vítima, referindo-se o Código Penal indistintamente à vítima, ofendido ou sujeito passivo do delito.

Heitor Piedade Junior delimita que, em boa técnica penal, o tratamento à vítima poderia ser definido reservando-se a expressão vítima para os crimes contra as pessoas; o termo ofendido para os delitos contra a honra e os costumes, e o vocábulo lesado para os crimes contra o patrimônio.⁷⁸

No processo penal, a conceituação de vítima também não mereceu um tratamento específico do legislador, tampouco um rigor terminológico, porquanto são utilizadas, indiscriminadamente, as palavras vítima, pessoa ofendida ou lesado.

Alguns exemplos dessa falta de rigor terminológico podem ser visualizados nos seguintes artigos: o vocábulo vítima aparece com significado de sujeito passivo da infração penal no art. 240, § 1º, g; lesado aparece como significante daquele que sofreu prejuízo em decorrência do crime nos arts. 119, 122, parágrafo único, 133 parágrafo único; e o termo ofendido aparece como vítima em sentido processual nos arts. 5º, II, 6º, IV, 14, 19, 24, *caput* e parágrafo único; 30, 31, 32, § 2º, 33, 34, 38, 39, § 1º, 45, 50, *caput*, 268, 373, 526, 529, *caput* e parágrafo único, e 598.

A Declaração de Princípios Básicos de Justiça para Vítimas de Crime e Abuso de Poder, adotada pela ONU e pela Resolução n. 40/34 da Assembleia Geral das Nações Unidas, reconhece que a vitimização é um fenômeno que abrange todas as nações.

Esta Declaração reconhece ao menos dois grupos de vítimas: as vítimas de delitos, como consequências de ações ou omissões que violem as legislações dos Estados; as vítimas de abuso de poder.

Pela presente declaração:

1. “Vítimas” refere-se a pessoas que, individual ou coletivamente, tenham sofrido dano, seja mental seja físico, sofrimento emocional e perda econômica, ou que sofreram dano substancial de seus direitos fundamentais, por meio de ações ou omissões que violam a lei penal vigente nos Estados-Membros, incluindo as leis que condenam o abuso de poder criminal.⁷⁹

Reconhece-se também como vítima aquelas pessoas envolvidas e vitimadas pelas relações de poder e nesse sentido a Resolução as define como sendo:

⁷⁸ PIEDADE JUNIOR, Heitor. **Vitimologia**: evolução no tempo e espaço. Rio de Janeiro: Frei Bastos, 1993. p. 184.

⁷⁹ BRASIL. Ministério da Justiça. **Normas e Princípios das Nações Unidas em Matéria de Prevenção ao Crime e Justiça Criminal**. Brasília, DF: Secretaria Nacional de Justiça, 2009. p. 275

18. O termo 'vítimas' significa pessoas que, individual ou coletivamente, tenham sofrido dano, seja físico seja mental, sofrimento emocional, perda econômica, ou que tenham sofrido substancial dano de seus direitos fundamentais, por meio de ações ou omissões que ainda não constituam violação das leis criminais nacionais, mas de normas relativas aos direitos humanos reconhecidos internacionalmente.⁸⁰

Indispensável não reconhecer o alcance da presente Declaração, bem como sua importância na definição de vítimas, superando em muito as parcas definições elaboradas de forma pragmática, estabelecidas pelo senso comum positivista, que excluem qualquer oportunidade de definição de vítima para além de um conceito dogmático.

A definição proposta pela ONU reconhece dois elementos importantes para a elaboração de um conceito que extrapole o limite positivista: o primeiro é que o abuso de poder pode acarretar vitimização e que as vítimas coletivas também se inserem no sistema criminal enquanto vítimas, afastando-se qualquer orientação que se coloque como contrária à identificação de certas coletividades afetadas por uma norma penal como vítimas reais, ou seja, repudia-se a noção de crime sem vítima; na verdade o que ocorre são crimes de vítimas múltiplas ou coletivas. Além desses fatores, ainda possibilita a inclusão, como vítima de todos aqueles que sofrem qualquer perda em seus direitos humanos fundamentais, assumindo, assim, clara opção pelos vitimizados enquanto sofrem vilipêndios na sua autoafirmação da dignidade humana.

Por conseguinte, para além da valoração de um conceito cunhado de vítima, há uma dogmática penal positivista, podendo-se definir vítima como toda pessoa física ou jurídica que sofre lesões, seja de ordem física, mental, econômica, moral e, também, na órbita dos seus direitos humanos fundamentais, impedindo sua realização enquanto ser humano dotado de potencialidades que devem ser exercidas no mais livre convencimento próprio.

Retomando a vitimologia no âmbito nas ciências criminais integrais, pode-se tracejar a resignificação e, assim, expor e delimitar a influência que a vitimologia deve proporcionar. Para tanto se empreende o caminho que Liszt, em sua época e ao seu modo, tentou para contornar a influência positivista de Karl Binding no direito penal. Nessa tentativa, o autor partiu da análise e da compreensão do sistema penal, tendo por base a relação entre política criminal, direito penal e criminologia. Destas matérias se depreendeu o conjunto que forma a ciência total ou global do direito penal, desenvolvendo-se essa ideia, principalmente com o Funcionalismo Racional Teleológico, pela Escola de Coimbra e também presente nas obras de

⁸⁰ BRASIL. Ministério da Justiça. **Normas e Princípios das Nações Unidas em Matéria de Prevenção ao Crime e Justiça Criminal**. Brasília, DF: Secretaria Nacional de Justiça, 2009. p. 277.

Eugenio Raúl Zaffaroni⁸¹ e Alessandro Baratta⁸².

Na concepção lisztiniana, política criminal e criminologia ficariam relegadas a um papel secundário, não se permitindo a essas disciplinas exercerem uma atividade de proeminência na dogmática jurídica, conformando-se apenas em, por meio do conhecimento empírico, ou seja, da análise da realidade criminológica, influenciar o programa de política criminal na elaboração legislativa e da reforma penal.

Essa situação só viria a mudar nas ciências penais por ocasião das discussões do projeto alternativo de 1966, na Alemanha. Estabeleceu-se, a partir destas discussões, a necessidade de se recorrer às posições de política criminal. Para Roxin:

O Direito Penal é muito mais a forma, através da qual as finalidades político-criminais podem ser transferidas para o modo da vigência jurídica. Se a teoria do delito for construída neste sentido, teleologicamente cairão por terra todas as críticas que se dirigem contra a dogmática abstrata-conceitual, herdada dos tempos positivistas. Um divórcio entre construção dogmática e acertos político-criminais, é de plano impossível, e também o tão querido procedimento de jogar o trabalho dogmático-penal e o criminológico um contra o outro perde o seu sentido: pois transformar conhecimentos criminológicos em exigências político-criminais, estas em regras jurídicas, da *lex lata ou ferenda*, é um processo em cada uma de suas etapas, necessário e importante para a obtenção do socialmente correto.⁸³

Foi a partir das ideias de Claus Roxin que se pode defender a política criminal, não somente limitada a uma mera influência na legislação *lex ferenda*, mas sim apta a ensejar na construção de uma dogmática permeada por análises criminológicas e estas, por sua vez, capitaneadas em sede de decidibilidade pela política criminal e pela dogmática penal.

Adiantando as consequências de um modelo integral de ciências criminais,⁸⁴ renovada pelo viés da criminologia crítica, pode-se visualizar algumas consequências, ou melhor, a complementação que essa abordagem pode outorgar à criminologia, política criminal e dogmática jurídica penal.

Cumprе obtemperar, todavia, que as noções até agora expostas de política criminal estão fincadas em uma criminologia claramente marcada pela etiologia criminal, em outras palavras, uma criminologia tradicional e, como já explicado no item 2.1, em nada inovam no âmbito de uma viragem das ciências criminais para o resgate da vítima.

⁸¹ ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

⁸² BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

⁸³ ROXIN, Claus, 2000. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 82.

⁸⁴ BARATTA, op. cit., p. 155.

Foi a partir do *labelling approach* e da criminologia crítica que se promoveu, nos últimos anos, uma recuperação das vítimas no processo e no direito penal. Frise-se que esse fenômeno é totalmente generalizado, podendo apresentar ao menos três enfoques: os realistas de esquerda, os abolicionistas e os garantistas que permaneceram presos ao seu arsenal, que é estranho às vítimas⁸⁵. A influência da criminologia crítica será no Capítulo 3. Por ora aqui só foi abordado o que, de fato, é imprescindível para a compreensão da discussão.

Adiantando as consequências de um modelo integral de ciências criminais⁸⁶, renovada pelo viés da criminologia crítica, podem-se visualizar algumas consequências, ou melhor, a complementação da abordagem outorgada à criminologia, política criminal e dogmática jurídica penal.

A construção do pensamento criminológico que embasa a participação da vítima no processo penal, bem como sua fundamentação político criminal será exposta nos Capítulos 3 e 4 e a partir daí será delineado a tradução dogmática da vítima no processo penal.

A diferenciação entre a criminologia tradicional e da criminologia crítica reside no fato de que ambas operam lógicas opostas no sistema penal. A criminologia tradicional não questiona os fundamentos axiológicos, as verdades oficiais ou o próprio funcionamento do sistema. Pelo contrário, assume-o como um dogma, acriticamente e, em consequência deste fato, age dentro do sistema como fator legitimante de todo o *status quo*. Em contraste, a criminologia crítica questiona as bases da ordem social, sua legitimidade, a maneira da reação do sistema formal de controle social e, desta maneira, mostra clara opção pelas minorias desviadas, pregando, de algum modo, a não intervenção punitiva do Estado.⁸⁷

Uma criminologia orientada pelo modelo crítico pode acarretar novas perspectivas de abordagem criminológica na vitimologia e, deste modo, a perspectiva interacionista como fenômeno complexo em que a vítima é colocada de forma relevante, pode superar a visão positivista que permite, às vezes, a reedições da perspectiva lombrosiana, tendo a vítima como ponto de partida, já que o delito não será somente visto como resultante de um conjunto de variáveis que atuando sobre o agente, o conduz, irremediavelmente, para o cometimento do crime.

Em um primeiro momento, percebe-se que a vitimologia colocou a tônica de seus estudos na etiologia, sobretudo devido a influência dos estudos criminológicos. Esses estudos

⁸⁵ ANITUA, Ignácio. **Historia dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 753.

⁸⁶ Cf. BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

⁸⁷ GÁRCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. Introdução aos fundamentos teóricos da criminologia. (tradução de Luiz Flávio Gomes). In: _____; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2000. pte. 1. p. 141.

tiveram de fato sua importância como fonte de elucidação da interação existente entre vítima e ofensor.

O fenômeno da vitimização, influenciado pela criminologia crítica, poderá abrir novas concepções epistemológicas, visto que proporciona um novo paradigma de influência vitimológica. Nesse sentido, é possível falar, por exemplo, que a vitimização primária não pode ser colocada de forma apartada do cometimento da criminalização primária; uma liga-se umbilicalmente a outra. A vitimização primária, quando influenciada pela criminologia tradicional de corte positivista, enxerga a vitimização tendo por base dois recursos: o primeiro é o dado empírico e o segundo é a subsunção do fato à lei, desprezando uma análise macrossociológica do fenômeno criminal e dos processos históricos-conflitivos que levaram a tipificação de determinada conduta.

Mesmo uma análise microssociológica da dinâmica de interação entre vítima e ofendido que ultrapasse os limites das velhas e, por vezes, preconceituosas tipologias de vítimas, ou seja, uma análise que implique necessariamente em ver o delito para além de algo típico, antijurídico e culpável e que talvez a não concretização de direitos humanos, direitos sociais, direitos fundamentais seja também uma forma de vitimização primária. Sendo assim, abandonar a etiologia explicativa e centrar esforços na crítica denunciativa da seletividade do sistema penal, bem como, da vitimização por carências mínimas de condições existenciais de vida poderá ser uma das consequências da criminologia crítica na vitimologia.

Definir a influência vitimológica, no que se refere à política criminal, impõe como imprescindível efetuar uma diferenciação, que por vezes é esquecida ou mesmo confundida por parte da doutrina, que tem por consequência não somente a deturpação da avaliação legislativa, mas também a aplicação e juízo errôneos sobre cada uma delas, principalmente ao colocarem uma como sinônimo uma da outra, pelos operadores do direito, qual seja, a diferença entre política criminal e política penal.

A política criminal desempenha o papel de oportunidade para transformação social, institucional e dos mecanismos de seleção responsáveis pela seleção e reprovação ou não das questões criminais dentro do modelo de Estado no qual ela é posta e de que retira sua validade. Por outro lado a noção de política penal é mais reduzida, sendo compreendida como a resposta dado pelo Estado enquanto titular do exercício da função punitiva que cabe a este, regulando e elaborando a lei penal, a execução da pena e as medidas de segurança.

A inclusão da vítima na justiça penal é fruto de discursos e ações de política criminal que operam em duas tendências opostas e bem delineadas. Numa primeira vertente, o discurso vitimológico, ao criticar a exclusão da vítima e a falta de atenção que o atual sistema de

justiça criminal lhe oferece, vê no discurso de proteção e atenção às vítimas o momento e a oportunidade ideal para elaborar propostas legislativas com forte teor retribucionista, ao bel sabor do movimento da lei e da ordem. No sistema jurídico brasileiro, o principal, exemplo de política criminal arraigada a esses valores foi a edição da Lei n. 8.072/90⁸⁸, Lei dos Crimes Hediondos que, por sua vez, encontra-se alicerçada no inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal.

Na verdade, esse tipo de política criminal se utiliza do discurso vitimológico como forma de contrapor os direitos das vítimas e os direitos dos acusado, com o engodo de que a retirada de direitos dos acusados necessariamente repercutirá em maior atenção às vítimas. Essa política vitimológica é, confessadamente, marcada por uma tendência em violar direitos e garantias assegurados constitucionalmente, não levando em consideração os reais anseios das vítimas. Esse tipo de discurso é, muitas vezes, utilizado como plataforma eleitoral durante as campanhas políticas.

Não obstante esse fato, há uma política criminal realmente comprometida com os reais anseios das vítimas, tendo como consequência o respeito aos Direitos Humanos e uma posição que não coloca em rota de colisão os interesses da vítima e os dos delinquentes. A primeira consequência de uma política criminal voltada para esses escopos é que, ainda que de forma latente, expõe o antagonismo que pode existir entre o direito do exercício *jus puniendi* pelo Estado e o interesse da vítima que muitas vezes se mostra menos preocupado com aplicação da pena e mais com restabelecimento do tecido social rompido com o crime; a reparação do dano passa a ter outras dimensões, pois, além da econômica ou pecuniária há uma preocupação que a situação dos envolvidos na circunstância tida como crime volte a ser a mesma que antes do seu cometimento do delito.

A opção de política criminal voltada para a vítima rompe com o modelo de justiça penal onde o crime é considerado um conflito entre o Estado, que quer aplicar a lei penal, e o criminoso, rotulado como marginal, que deve, por causa de seus atos desrespeitadores à norma penal, pagar pelo crime com a justa medida da lei. Esse modelo de justiça puramente retributivo, que coloca a vítima como mero objeto no qual recai a conduta do criminoso, não a considera em suas necessidades. Na verdade, a trata como mero objeto de investigação e informação para aplicação da pena. Nesse sistema, quaisquer interesses pessoais dos que deveriam ser considerados como protagonistas são substituídos por qualquer pronunciamento

⁸⁸ BRASIL. Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 25 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm>. Acesso em: 19 fev. 2014.

do Estado que, em nada considera o criminoso com suas vicissitudes, a comunidade e tampouco a vítima.

Em contraste, essa situação de inserção da vítima e de suas necessidades tem por finalidade remodelar o sistema penal. Para tanto, desmistifica-se a noção de violação de bem jurídico que tem no Estado, sempre o verdadeiro lesado. Ao colocar o crime como uma ofensa contra pessoas, grupos e comunidades, trata de dimensionar o crime como um conflito pessoal entre seres humanos. Além disso, a pena passa a ser vista não somente como retribuição a um mal praticado, mas também como oportunidade de reconstrução de vínculos quebrados, de expectativas que deverão ser assumidas e cumpridas pelos envolvidos. A vítima passa a ter importância e a se importar com a decisão judicial, devendo poder, inclusive, coparticipar dos momentos decisórios, uma vez que é uma das protagonistas e interessadas no desfecho da situação.

No campo dogmático, precisamente no processo penal, a vitimologia terá por consequências duas formas complementares, ou ao menos, não excludentes de atuação da vítima. A primeira delas que será tratada no Capítulo 4º e diz respeito aos modelos que tendem à simplificação do procedimento penal, que normalmente opera de quatro formas: a condução ao encerramento antecipado do processo; os que levam à supressão de fases dos procedimentos ordinários; os que representam uma reorganização do procedimento ordinário; e o estabelecimento de formas alternativas de resolução do conflito.

Antonio Scarance Fernandes observa que:

Merece, realce, no direito moderno, a possibilidade de as simplificações, principalmente as referentes ao julgamento antecipado e à supressão de fases processuais, resultarem de acordo entre as partes, fenômeno que constitui expressão da denominada *Justiça Consensual*. Esses acordos se realizam, *grosso modo*, por dois modos: acordo sobre o rito e acordo sobre a pena.⁸⁹

A participação da vítima no processo penal, tal como será abordada no Capítulo 5º, ocorre em função do ilícito penal, que torna certa a obrigação de reparação do dano à vítima. Sendo certa a obrigação de reparar o dano e, entendendo este não somente como diminuição do patrimônio econômico, mas também como violação que atinge a vítima de forma moral, psíquica e afetiva, englobando várias dimensões da vítima.

O direito à reparação do dano é materializado no processo penal, tendo como fundamento a sentença proferida ao final do processo. Ou seja, o direito da vítima de

⁸⁹ FERNANDES, Antonio Scarance. **Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal**. São Paulo: Ed. RT, 2005. p. 60. (grifo do autor).

participar do processo penal está atrelado ao interesse à reparação do dano e ao provimento jurisdicional que será emanado no processo e a outras decisões tomadas durante o processo. Outorga-se à vítima o direito de figurar não somente como elemento informador para o Estado aplicar a lei penal, mas passa-se a considerá-la como sujeito de direitos e deveres na órbita processual penal, importando sua participação sempre que de alguma forma for afetada pelo provimento jurisdicional.

3 O PRINCÍPIO VITIMOLÓGICO E SUA FUNDAMENTAÇÃO PARA O PROCESSO PENAL

3.1 Limites políticos criminais de atuação do Estado-função do Direito Penal e Processo Penal em unidade funcional

Estabelecer os limites políticos criminais de atuação do Estado significa, em outras palavras, compreender a missão e a função que cabe ao direito penal e ao processo penal dentro do sistema penal. A doutrina elabora ao menos três modos para explicar a missão do direito penal, todas fazendo menções direta ou indiretamente à noção de bem jurídico como sendo sua proteção tarefa precípua do direito penal.

Em uma primeira linha de pensamento, definida a partir Hans Welzel, a missão do direito penal seria a proteção de valores elementares para a vida em comunidade. Em um segundo grupo, que tem em Günther Jakobs seu principal expoente, o direito penal teria por escopo defender a identidade social, por meio do reconhecimento das expectativas sociais depositadas na norma vigente.¹ E, por último, pode-se assegurar que ainda que existam tais afirmações, a doutrina de forma dominante reitera que a missão do direito penal é a proteção de bens jurídicos. Informa-se, assim, o importante papel que a ideia de bem jurídico exerce ao delimitar a função do direito penal dentro do sistema penal.

O direito penal exerce sua função de proteção de bens jurídicos como parte da tarefa que lhe é outorgada pelo controle social, tendo como características a elaboração de normas explícitas que delimitam o conteúdo da norma penal, proibindo determinadas condutas e tendo como consequência a cominação de uma pena. Dois são os elementos principais que delineiam a missão do direito penal, qual seja: a noção de bem jurídico e a de sanção.

Nilo Batista sustenta que a missão do direito penal corresponde, em verdade, à investigação dos fins da pena e, portanto, de sua legitimação. Entendida assim a teoria da pena, seria sempre uma teoria do direito penal, o que não ocorre na realidade uma vez que quando se fala em missão do direito penal, pensa-se em primeiro lugar na interface pena e sociedade e, posteriormente, no criminoso antes do crime. Desta maneira, o direito penal surge como uma simples retribuição, desenvolvendo e, sobretudo acobertando as tarefas que o direito penal exerce para manutenção do *status quo* para a classe dominante.²

¹ AMARAL, Claudio do Prado. **Bases teóricas da ciência penal contemporânea**. São Paulo: IBCCRIM, 2007. p. 158.

² BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 112.

Quer dizer o autor que, por mais que se possa afirmar que a missão do direito penal seja a tutela de bens jurídicos por meio da cominação da pena, a real tarefa que este exerce permanece encoberta uma vez que tal afirmação é elaborada tendo por fundamento suas funções declaradas³ no sistema penal, ou seja, são os efeitos da norma penal que são queridos, desejados e perseguidos pela política penal do Estado e tidos por todos como socialmente aceitos.

Por outro lado pode-se afirmar que o sistema penal exerce, também, uma função que muitas vezes fica resguardada, latente, que influência e de forma decisiva permeia todo o sistema jurídico penal. Nesse sentido, a análise das funções ocultas do sistema penal leva à afirmação que nem sempre a atividade de proteção de bens jurídicos e os fins declarados das sanções criminais realmente exercem somente aqueles fins alardeados, mas que na verdade exercem funções que tem por objetivo delimitar a atuação do sistema penal sobre a conduta de determinadas pessoas.

Não se identifica a função do direito penal desprendida da função política do Estado no qual ele é posto a interagir como parte do controle social. É assim que se deve elaborar, a missão verdadeira do direito penal. O controle social tem por objetivo estruturar e garantir determinada ordem econômica e social sendo marcante, portanto, as conveniências entre os fins do direito penal e a criminalização de determinadas condutas e pessoas.

Normalmente, as definições emanadas pela doutrina acerca do conceito de bem jurídico não levam em consideração as chamadas funções ocultas que este exerce, definidos como:

[...] todos interesses essenciais para a existência digna das pessoas e que antecedem a própria existência do direito, os quais derivam da própria natureza humana e da sedimentação cultural das relações sociais dialéticas fundamentais, selecionados mediante processo democrático com a finalidade de assegurar a preservação da sociedade e a plena participação e integração das pessoas, e seu completo desenvolvimento, estejam ou não previstos na constituição, devendo tal verificação ser feita por exclusão, negando-se o enquadramento típico quando ocorrer afronta à dignidade humana e a seus princípios constitucionais derivados.⁴

Outros autores, como Júlio Fabrini Mirabete, partem do conceito de bem jurídico como um dado objetivo que é imposto pelo direito, não abrangendo qualquer análise mais detida acerca das funções desempenhadas por este conceito. Nesse sentido, para este autor, o

³ Para maiores detalhes sobre as funções declaradas e latentes: MERTON, Robert King. **Sociologia: teoria e estrutura**. São Paulo: Mestre Jou, 1970.

⁴ CAPEZ, Fernando. **Consentimento do ofendido e violência desportiva**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 115.

fim do direito penal “[...] é a proteção da sociedade e mais precisamente, a defesa dos bens jurídicos fundamentais (vida, integridade física, e mental, honra, liberdade, patrimônio, costumes, paz pública etc.).”⁵

Claramente quando se define o conceito de bem jurídico penalmente relevante como acima exposto, percebe-se uma tendência em produzir um objetivo declarado do direito penal que pressupõe uma neutralidade do sistema penal. Os pressupostos de tal declaração são a unidade social, identidade de classe, de igualdade entre as classes sociais, de liberdade individual, de salário equivalente ao trabalho. A partir dos ensaios da criminologia crítica percebe-se que as definições dos objetivos declarados do direito penal escamoteiam a lógica do objetivo político desse setor do ordenamento jurídico. Em verdade a criminologia crítica estabelece pressupostos antagônicos como: divisão social, a contradição de classes, a opressão do direito penal e a exploração da mais-valia.⁶

A aparente neutralidade do direito penal é dissolvida pelo estudo das fontes materiais do ordenamento jurídico, enraizadas no modo de produção da vida material, que fundamentam os interesses, as necessidades e os valores das classes sociais dominantes das relações de produção e do poder político do Estado, como indicam as teorias conflituais da sociologia jurídica. Ao mudar a fonte formal, a lei, para a fonte material, o modo de produção do direito, significa trocar a lógica formal por uma lógica material ou dialética, utilizada pela criminologia crítica como método de pensar o crime e o controle social nas sociedades contemporâneas, embora a dogmática jurídica permaneça sob a égide da lógica formal, como lógica jurídica clássica.⁷

Além dessas críticas, como já mencionado anteriormente no item 2.1 pondera-se que a reorganização do Estado que gerou a concretização do modelo de bem jurídico, precisamente o bem jurídico-penal, se deu pelo abandono do aspecto individual do delito como lesão de um direito subjetivo, em favor de uma ampliação a um bem jurídico, não necessariamente subjetivo, por meio de um progressivo processo de abstração da vítima individual.

Este fato passou a operar ao se conceber a vida ou a propriedade da vítima concreta como objeto de ação, entendendo o bem jurídico “vida” e “propriedade” de modo meramente abstraído e institucionalizado em detrimento da vítima concreta. Desta maneira, o bem jurídico já não era algo que poderia corresponder ao indivíduo e convertendo-se em um

⁵ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**: parte geral. 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2004. p. 45.

⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 2. ed. Florianópolis: Conceito, 2012. p. 3-4.

⁷ Ibid., p. 3.

princípio global, conjuntamente com os distintos bens jurídicos considerados valiosos, em mera abstração transindividual.⁸

Essa abstração do conceito de vítima individualmente considerada em detrimento de bem jurídico sem referência individual, teve como consequência a correspondente espiritualização do conceito de injusto, partindo de uma lesão individual e chegando a uma lesão institucional (em que o soberano e a justiça penal são os lesionados), defendida na manualística mais moderna, sem tanto haver uma posição mais consciente de seu caráter problemático, chegando-se, assim, a relação entre bem jurídico e vítima a uma exaltação daquele frente a esta.⁹

O exame crítico corrobora para desnudar a aparente neutralidade do direito penal e do processo penal evidenciando o significado político do controle social realizado tanto no domínio da criminalização primária quanto no da criminalização secundária.

Na criminalização primária percebe-se a projeção da cultura burguesa-individualista em que a proteção patrimonial ganha maior ênfase para atingir formas de desvio típicas dos grupos socialmente mais débeis e marginalizados. Igualmente age o processo penal dentro da chamada criminalização secundária, na aplicação e execução das penas criminais e dos substitutos penais. Notável é, portanto, a organização do sistema penal como forma de reprodução da realidade social desigual.¹⁰

O caráter iminente patrimonialista pode ser compreendido quando se analisa o Código Penal brasileiro que tutela de forma mais repressiva diversos crimes contra o patrimônio do que crimes contra a dignidade sexual, a integridade física e a vida.

Tem influência no processo penal, como, por exemplo, o fato de que o Código Penal ao delimitar os crimes de lesões corporais, dividindo-as em lesões leves, graves e gravíssimas, permite que as primeiras sejam tratadas na órbita dos crimes de menor potencial ofensivo. Por outro lado, os delitos contra o patrimônio não apresentam um escalonamento de acordo com os princípios da ofensividade ou de acordo com a proporcionalidade do bem lesado ou mesmo a possibilidade de serem tratados como crimes que necessitem de representação, a exemplo da lesão corporal leve ou culposa.

No que concerne ao bem jurídico, uma análise crítica deste não pressupõe sua prescindibilidade, haja vista que todas as teorias e práticas de abstração deste modelo levaram

⁸ ESER, Albin. **Sobre a exaltación del bien jurídico a costa de la víctima**. Bogotá: Ed. Universidad Externado de Colombia, 1998. p. 38.

⁹ Ibid.

¹⁰ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 176.

o sistema penal a verdadeiras catástrofes, como, por exemplo, a chamada escola de Kiel e mais recentemente a teoria do direito penal do inimigo de Günther Jakobs. Talvez a maior contribuição que a ideia de bem jurídico acarretou, e, por isso, mesmo ainda hoje continua a ser o melhor modelo proposto, resida no projeto de um direito penal do fato.

Pode-se afirmar que dentro do conjunto de teorias desenvolvidas sobre o bem jurídico que este normalmente se reveste de certas funções declaradas, tendo por escopo as seguintes funções: função de garantia ou limitadora, função exegética, função individualizadora e uma função sistemático-classificatória.

Não é o objetivo aqui esboçar com todas as minúcias as críticas elaboradas pela doutrina a respeito da teoria do bem jurídico e da teoria da pena, mas tão somente comprovar a existência de um discurso crítico no que concerne as essas teorias. E desta feita, demonstrar que a inclusão da vítima no processo penal não altera esse discurso crítico e tampouco se prestar a fazer coro ao discurso oficial sobre as teorias da pena e as equivocadas tentativas de, por meio da supressão da teoria do bem jurídico, instalar o direito penal do autor.

O sistema penal opera pela função de definição de crimes e cominações de penas. Deste modo não é desarrazoado afirmar que à teoria jurídica da pena também se encontra orientada para funções declaradas e, por seguinte, algumas vezes suas reais funções permanecem ocultas, por meio do discurso oficial do sistema penal. O discurso oficial sobre as teorias da pena normalmente é abalizado tendo por escopo fundamentar a pena através da justificativa de suas funções e finalidade, como as teorias da retribuição, da prevenção especial, da prevenção geral e as teorias unificadoras.

Os adeptos da teoria da retribuição, ou teoria absoluta da pena, encontram sua validade em teóricos como Kant e Hegel. Os partidários desta teoria partem do pressuposto de que ocorrido um crime este deverá ser apenado “ao mal do crime o mal da pena”. Essa teoria encontra seu principal fundamento na aceitação de todo um contexto cultural que vê na expiação do criminoso o instrumento adequado para a retribuição do crime.

A ausência de qualquer outra finalidade na teoria absoluta pode ser exemplificada pela seguinte passagem da obra de Kant:

O que se deve acrescentar é que se a sociedade civil chega a dissolver-se por consentimento de todos os seus membros, como se, por exemplo, um povo que habitasse uma ilha se decidisse a abandoná-la e se dispersar, o último assassino preso deveria ser morto antes da dissolução a fim de que cada um sofresse a pena de seu crime e que para o crime de homicídio não recaísse

sobre o povo que descuidasse da imposição dessa punição; porque então poderia ser considerado cúmplice de tal violação pública da Justiça.¹¹

As teorias da prevenção especial e da prevenção geral podem ser tratadas sobre a rubrica de teorias relativas. Para os adeptos desta teoria, a pena serve como instrumento de prevenção ao delito. Dentro da ótica da prevenção podem-se conceber duas vertentes distintas de prevenção: a geral e a especial.

A prevenção geral busca atingir de forma psíquica os membros da sociedade primeiramente agindo de forma a intimidar potenciais delinquentes por meio da ameaça penal instituída pela lei, da realidade da aplicação da pena e da ameaça de castigo, reforçando a utilização do criminoso como modelo; é o que a doutrina chama de prevenção geral negativa. Por outro lado, a prevenção geral pode ser também positiva, esta consiste em demonstrar e reafirmar a existência de validade e a eficiência do direito penal que foi abalado pela prática delituosa. Trata-se, na verdade, de demonstração do império da lei e do exercício do poder de punir pelo Estado.

Quanto à atuação da pena enquanto prevenção especial, ela é vista como instrumento de atuação preventiva sobre a pessoa do infrator, tendo como finalidade evitar que ele, em ações futuras, empreenda novos atos delituosos. A prevenção especial subdivide-se também em prevenção especial negativa e positiva. Sendo que, a prevenção especial negativa tem por escopo intimidar o condenado para que ele não volte a cometer crimes. Busca, portanto evitar e reincidência. Já a prevenção especial positiva preocupa-se com a reinserção social do condenado ao convívio social. Para a realização desta tarefa, o sistema penal serve-se daquilo que Foucault chama de “[...] técnicos do comportamento: engenheiros da conduta, ortopedistas da individualidade.”¹²

As concepções de pena expostas são passíveis de inúmeras críticas elaboradas pela doutrina, visto que não cumprem sua função básica que é diminuir a criminalidade ou oxalá mesmo extingui-la.

A pena enquanto mera retribuição não pode coexistir com a ideia de um Estado Democrático de Direito; a retribuição do mal do crime com o mal da pena não tem o condão de erradicar ou mesmo diminuir a criminalidade; a retribuição por si só não consegue reestabelecer a ordem rompida pelo crime.

¹¹ KANT, Emmanuel. **Doutrina do direito**. São Paulo: Ícone, 1993. p. 179.

¹² FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 243.

Pode, ainda, servir de justificativa para a imposição de penas infamantes contrárias a dignidade humana. Não obstante ainda, a mera retribuição torna-se em si mesmo um fim desprovido de qualquer valor útil para a sociedade.

Quanto à prevenção geral é notório que a simples intimidação da pena tendo por escopo inibir eventuais comportamentos criminosos não goza de eficácia como bem se pode visualizar com as chamadas penas infamantes e corporais que perduraram na idade média. Já alertava Beccaria que não é o rigor ou a gravidade da pena que desestimula o autor a praticar delitos, mas a certeza da punição. O recrudescimento proporcionado por esta teoria, e, também a falta de critérios limitadores transformam a ameaça penal em verdadeiro terrorismo estatal, como demonstra a lei dos crimes hediondos.¹³

Inapelavelmente, é necessário reconhecer que a pena, enquanto prevenção especial, alcança seu discurso declarado, qual seja, a neutralização do condenado. Contudo, é preciso ter em mente que nem sempre a criminalização de determinada conduta, e o bem jurídico tutelado por esta, são realmente carecedores de dignidade penal. Ainda quanto à prevenção especial positiva, o Estado não pode se colocar como detentor da moral e do costume a serem seguidos por todos os quais caíam no sistema penal. Soma-se a esse fato, o notório efeito deletério que o cárcere ocasiona na vida de qualquer ser humano e sua função corretiva quase que nula, haja vista, as grandes cifras de reincidência criminal.

As teorias mistas ou unificadoras que tentam harmonizar tanto os ideais retributivos quanto os fins preventivos da pena, a pena assume todas as finalidades anteriores, em um tríptico aspecto, de retribuição, prevenção geral e prevenção especial, é inclusive a teoria albergada pelo Código Penal brasileiro no art. 59, que determina que o juiz fixe a pena “[...] conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.”

A pena para esta teoria possui função repressiva, que consiste na justa reprovação do comportamento delituoso, função preventiva, ou seja, tem por finalidade a intimidação do corpo social para que este não incorra em infrações penais; é a prevenção geral, e a ressocialização do criminoso – prevenção especial.

Nesta esteira pode-se cotejar a doutrina funcionalista que tem contribuído para o debate acerca da teoria da pena, destacando-se ao menos duas posições. A primeira delas é a de Günther Jakobs, para quem a pena exerceria uma função de prevenção geral positiva. Para o autor a vida em sociedade gera expectativas de comportamento definidas de forma normativa é que o crime configuraria a frustração de tal comportamento esperado e, portanto:

¹³ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 2. ed. Florianópolis: Conceito, 2012. p. 247.

“[...] a função da pena é a preservação da norma enquanto modelo de orientação para contatos sociais. O conteúdo da norma é uma posição à custa do infrator contra desautorização da norma.”¹⁴

A função da pena é exatamente de repercutir ao nível da interação no qual é posta, não tendo que significar nada além das condições da interação social exercendo, portanto, função preventiva. A proteção se dá por intermédio da validação da confiança daqueles que confiam na norma.

Nesse sentido, a pena é aplicada no intuito de *exercitar a confiança normativa*. Além disso, ela faz pesar sobre o comportamento violador da norma consequências dispendiosas, aumentando assim as chances de que este último seja aprendido, em geral, como uma alternativa incabível de comportamento. Nesse sentido, aplica-se a pena para *exercitar a fidelidade jurídica*. Mas, pelo menos, por meio da pena, ensina-se a conexão entre o comportamento e obrigação de arcar com os custos, ainda que a norma seja transgredida não obstante o que foi apresentado; nessa medida trata-se de *exercitar a aceitação das consequências*.¹⁵

Para outro funcionalista, Claus Roxin, partidário do funcionalismo racional teleológico, o direito penal enfrenta o indivíduo de três formas, ameaçando, impondo e executando penas, sendo que cada uma destas teorias dirige-se para aspectos específicos do direito penal. Segundo Roxin, uma visão crítica condenaria a validade de todas estas teorias monistas as quais não são aceitáveis para explicar a finalidade da pena adaptada ao cenário atual em constante transformação. Para o autor, a definição e os limites do direito penal só podem ser aceitos tendo-os como missão “[...]a proteção subsidiária de bens jurídicos e prestações de serviços estatais, mediante prevenção geral e especial, que salvaguarda a personalidade no quadro traçado pela medida da culpa individual.”¹⁶ É a doutrina que Roxin batiza de teoria unificadora dialética a qual compõe elementos adequados à fixação do tema, apontando “[...] evitar exageros unilaterais e dirigir os diversos fins das penas para vias socialmente construtivas, conseguindo o equilíbrio de todos os princípios, mediante restrições recíprocas.”¹⁷

¹⁴ JAKOBS, Günther. **Teoria do injusto penal**. Tradução de Gercelia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 27.

¹⁵ Ibid., p. 32. (grifo do autor).

¹⁶ ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. Tradução de Ana Paula dos Santos Luis Natscherad. 3. ed. Lisboa: Vega, 2004. p. 43.

¹⁷ Ibid., p. 45.

As teorias da pena esboçadas até aqui constituem o arcabouço teórico do discurso oficial da teoria da pena.¹⁸ Por outro lado, pode-se afirmar que a doutrina tem construído um discurso contra hegemônico que pode ser representado por pelo menos três posições: a primeira posição é a teoria crítica dialética¹⁹, realizada por Alessandro Baratta²⁰, Juarez Cirino dos Santos, Georg Rusche e Otto Kirchheimer, Dario Melossi e Massimo Pavarini; a segunda, é a teoria agnóstica da pena, representada por Nilo Batista e Eugenio Raul Zafarroni; a terceira é a crítica abolicionista²¹ fomentada por Louk Hulsman e Nils Christie.

A teoria crítica dialética não objetiva constituir mais uma explicação e fundamentação para o exercício do *jus puniendi* pelo Estado. Pelo contrário, tem-se estabelecido enquanto modelo de crítica e de denúncia quanto às funções ocultas da teoria da pena. Partindo-se do conceito marxista de que a superestrutura é determinada pela infraestrutura, ou seja, a maneira pela qual a economia de uma sociedade é organizada determinará as ideologias presentes nesta mesma sociedade, logo, o sistema punitivo será reflexo das relações de classes estabelecidas na circulação, na produção e nas trocas de mercadorias.

O modo de produção da vida material condiciona o processo da vida social, política e espiritual em geral. Não é a consciência do homem que determina seu ser, mas, pelo contrário, o seu ser social é que determina a sua consciência. Ao chegar a uma determinada fase de desenvolvimento, as forças produtivas materiais da sociedade se chocam com as relações de produção existentes, ou, o que não é senão a sua expressão jurídica, com as relações de propriedade dentro das quais se desenvolveram até ali. De formas de desenvolvimento das forças produtivas, estas relações se convertem em obstáculos a elas. E se abre, assim, uma época de revolução social. Ao mudar a base econômica, revoluciona-se, mais ou menos rapidamente, toda a imensa superestrutura erigida sobre ela. Quando se estudam essas revoluções, é preciso distinguir sempre entre as mudanças materiais ocorridas nas condições econômicas de produção e que podem ser apreciadas com a exatidão própria das ciências naturais, e as formas jurídicas, políticas, religiosas, artísticas ou filosóficas, numa palavra, as formas ideológicas em que os homens adquirem consciência desse conflito e lutam para resolvê-lo. E do mesmo modo que não podemos julgar um indivíduo pelo que ele pensa de si mesmo, não podemos tampouco julgar estas épocas de revolução pela sua consciência, mas, pelo contrário, é necessário explicar esta consciência pelas contradições da vida material, pelo conflito existente entre as forças produtivas sociais e as relações de produção.²²

¹⁸ É necessário frisar que as concepções do funcionalismo racional teleológico quando ancoradas constitucionalmente podem assumir um caráter enormemente progressista.

¹⁹ Na verdade a crítica elaborada por esta teoria deriva, sobretudo da análise da obra: PASUKANIS, Evgueni. **Teoria geral do direito e marxismo**. Coimbra: Centelha, 1977.

²⁰ O recorte deste autor será exposto na seção 3.1.1.

²¹ O recorte abolicionista será realizado na seção 3.1.1 juntamente com os autores criminólogos que tem contribuído para a construção de sistema penal menos interventivo.

²² MARX, Karl. **Textos escolhidos**. São Paulo: Nova Cultural, 1999. p. 220.

Pasukanis é talvez um dos primeiros teóricos a tentar explicar a pena por meio da teoria materialista/dialética da história. E para tanto, parte da ideia de que a pena, longe de ser mera retribuição, como parece ser unanimidade entre os teóricos burgueses, é na verdade, retribuição equivalente.

Evgeni Pasukanis elabora uma análise histórica do sistema penal lembrando que o conceito de pacto é ligado à ideia de *pax* (paz), ou seja, remonta a uma solução amigável de uma disputa que põe fim ao conflito. A reparação surge no direito penal como uma espécie de substituição à vingança privada e no decurso do tempo o soberano vai assumindo o controle e resolução das questões que envolvem as questões penais e, gradualmente, a reparação passa a ser uma forma de enriquecimento do rei, dado a perda de tempo em resolver as questões de seus súditos e como pagamento pelos serviços prestados. Essa situação modifica-se com o desenvolvimento e estabilização das divisões de classes e em Estados²³.

As crises econômicas e fiscais ocasionam uma maior exploração dos camponeses aliando-se a este fato o desenvolvimento do comércio e a organização do Estado colocam a jurisdição penal à frente da manutenção do sistema econômico que vai se desenvolvendo.

Assim se constitui progressivamente a complexa amalgama do direito penal moderno sem custo se podem distinguir as camadas históricas que lhe deram origem. Fundamentalmente, isto é, do ponto de vista puramente sociológico, a burguesia garante e mantém o seu domínio de classe através do seu sistema de direito penal, oprimindo as classes exploradas. Só se pode compreender o verdadeiro sentido da prática penal do Estado de classe quando se parte da sua natureza antagônica. As teorias do direito penal, que deduzem os princípios da política penal dos interesses da sociedade no seu conjunto são deformações, conscientes ou inconscientes, da realidade. A sociedade no seu conjunto não existe senão na imaginação dos juristas; de facto apenas existem classes que têm interesses opostos, contraditórios. Qualquer determinado sistema histórico da política penal caracteriza-se pelos interesses de classe que haja realizado.²⁴

O direito penal, enquanto produto da superestrutura jurídica, está submetido a todas as relações ditadas pelas condicionantes das relações materiais de produção e nesse sentido pode-se dizer que a pena criminal corresponde aos fundamentos materiais e ideológicos das sociedades fundadas na relação capital/trabalho assalariado, porque existe como forma de equivalência jurídica fundada nas relações de produção das sociedades contemporâneas. A estrutura material das relações econômicas do capitalismo se baseia no princípio da

²³ PASUKANIS, Evgueni. **Teoria geral do direito e marxismo**. Coimbra: Centelha, 1977. p. 220 et seq.

²⁴ Ibid., p. 226-227.

retribuição equivalente em todos os níveis da vida social: o trabalho pelo salário, a mercadoria pelo preço.

Não é diferente nas relações de poder seja no âmbito civil, ou, no âmbito penal em que a retribuição equivalente é por excelência pena privativa de liberdade, como forma de troca do crime medido pelo tempo de liberdade suprimida.

Pasukanis situou essa mudança de reparação para a troca equivalente em tempo de supressão da liberdade na transição entre o sujeito zoológico animado pela ideia de legítima defesa para o sujeito jurídico que passa pela vingança de talião, pela composição entre partes e posteriormente pela retribuição equivalente em tempo suprimido conforme o valor da sociedade capitalista.

A título de guisa pode-se seguir que:

Se a pena constitui retribuição equivalente do crime, medida pelo tempo de liberdade suprimida do condenado, **então** a retribuição equivalente representa a forma de punição específica e característica da sociedade capitalista, que se deve perdurar enquanto subsistir a sociedade de produtores de mercadorias – gostemos ou não gostemos disso.²⁵

Outros autores como: Georg Rusche e Otto Kirchheimer, avançam na compreensão de Pasukanis informando outros aspectos relevantes do sistema penal. Rusche e Kirchheimer²⁶ enfocam a íntima relação existente entre a pena e a cultura que a produz, demonstrando, ainda que, assim, como o trabalhador é controlado pela disciplina do trabalho, aquele que está fora do mercado de trabalho é controlado pela disciplina da prisão. Permanecendo, ainda, nessa abordagem da relação entre cárcere e fábrica ou entre mercado de trabalho e prisão, enfocando tal qual Rusche e Kirchheimer que a cada sistema de produção se descobre o seu sistema de punição correspondente às suas relações produtivas, pode-se citar Dario Melossi e Massimo Pavarini²⁷.

Dando continuidade à crítica às teorias da pena, pode-se colacionar a concepção desenvolvida por Eugenio Raul Zaffaroni e Nilo Batista que também identificam que as teorias da pena e o sistema penal como um todo desempenham funções declaradas e outras funções ocultas. E neste sentido partem para o desenvolvimento de uma teoria negativa da pena ou agnóstica da pena.

²⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 2. ed. Florianópolis: Conceito, 2012. p. 256. (grifo do autor).

²⁶ RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

²⁷ MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e fábrica**: as origens do sistema penitenciário. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

O ponto de partida para esta análise é também precisar que o conceito de pena tem por fundamento à função política do direito penal, e que para tanto é necessário o aprofundamento na ideia de Estado de polícia e Estado de direito.

No Estado de polícia, pondera-se que etimologicamente a palavra polícia significa administração ou governo; logo, neste vige o império da lei as decisões do governante, decisão que emanada, visa estabelecer o que é bom ou possível, pressupõe que a consciência do bom pertence à classe hegemônica e por isso mesmo tende a uma justiça substancialista e transpersonalista, à serviço de algo meta-humano: divindade, casta, classe, estado, mercado etc. Esse Estado é, acima de tudo, paternalista uma vez que através do castigo deve ensinar seus súditos e tutelá-los, inclusive quanto as suas atitudes autolesivas.²⁸

No Estado de direito, as decisões acerca do que é bom ou ruim são construídas pela maioria, respeitando-se as minorias; as regras que são obdecidas não são consequência de decisão de governo, mas sim, o acatamento de regras anteriormente estabelecidas, a consciência do que é bom pertence a todo o gênero humano. E, portanto tende a uma justiça procedimentalista, derivando-se assim um direito personalista, ou seja, para os humanos de uma maneira geral sem exceções. Deste modo, as decisões de conflitos são resolvidas de forma a afetar o menos possível a existência de cada um, uma vez que tende a incentivar e fazer preponderar um clima fraterno.²⁹

É impossível imaginar, excetuando talvez as manifestas ditaduras, um modelo de Estado que seja somente Estado de polícia ou Estado de direito. O que ocorre na verdade é uma influência recíproca em cada modelo. No entanto é possível perceber que frente ao conflito, o exercício de poder de cada modelo será diferente.

Existem, na sociedade, dois dispositivos de poder que intervêm nos conflitos de maneiras diferentes: um buscando a satisfação das partes envolvidas e, outro, será tratar o conflito com o mero ato de decisão. Os principais modelos decisórios são o reparador, o conciliador, o corretivo, o terapêutico, e o punitivo. Com exceção do modelo punitivo, os outros podem ser facilmente combinados a fim de solucionar um conflito. O modelo punitivo é o menos apto a solucionar os conflitos visto que quando prioniza alguém, não resolve o conflito, simplesmente o suspende, deixando que o tempo se encarregue de apagá-lo. Uma das

²⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. **Direito penal brasileiro**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. v. 1. p. 93-94.

²⁹ Ibid.

principais causas para não resolver o conflito, é que o modelo punitivo exclui a vítima (ao contrário do reparador e do conciliador).³⁰

A teoria agnóstica da pena não refuta as funções ocultas desempenhadas pelas várias teorias da pena, apenas acredita que estas são muitas para, a partir delas, construir uma nova teoria positiva da pena. Na verdade, a teoria agnóstica, pondera que: as funções positivas da pena legitimam o modelo de Estado de polícia, as funções positivas estabelecidas pelo discurso oficial são falsas de qualquer perspectiva sociológica, não se comprovam empiricamente, dissimulam o modo real de agir do sistema penal e só raramente e de forma isolada cumprem suas funções manifestas.

A pena é uma coerção, que impõe uma privação de direitos ou uma dor, mas não repara nem restitui, nem tampouco detém as lesões em curso ou neutraliza perigos iminentes. O conceito assim enunciado é obtido por exclusão: a pena é um exercício de poder que não tem função reparadora ou restitutiva nem é coerção administrativa direta. Trata-se, sim, de um conceito de pena que é negativo por duas razões: a) não concede qualquer função positiva à pena; b) é obtido por exclusão (trata-se de coerção estatal que não entra no modelo reparador nem no administrativo direto). É agnóstico quanto a sua função, pois confessa não conhecê-la.³¹

Como visto a pena no atual sistema punitivo é fundamentada, especialmente, na ideia das teorias da pena que buscam sua legitimidade e ou sua justificação, sendo esses os pilares da atual racionalidade penal moderna. Não obstante isso, o desnudamento das funções ocultas, e mesmo a percepção que muitas vezes nem mesmo as funções declaradas da pena são cumpridas, tem por consequência aquilo que se pode chamar de crise do sistema penal, ou na expressão de Zaffaroni³², deslegitimação do mesmo.

Outros fatores podem explicar a crise do sistema penal como, por exemplo, a atividade seletiva em criminalizar condutas típicas de grupos sociais mais vulneráveis, ou seja, é clara a percepção de que o sistema penal funciona na conservação e reprodução de uma realidade social, e a isso se soma também a atividade seletiva das agências de controle social, que atuam muitas vezes baseadas em estereótipos.

³⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. **Direito penal brasileiro**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. v. 1. p. 87.

³¹ *Ibid.*, v. 1, p. 99.

³² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

Fernando Fernandes³³ coloca a tônica em motivos igualmente importantes para a crise do sistema penal, apontando que esta é derivada do aumento indiscriminado da criação de novos tipos penais, o que acarreta uma verdadeira inflação legislativa que, por sua vez, ocasiona um verdadeiro congestionamento processual.

Algumas tentativas de solucionar a crise foram e estão sendo realizadas. No domínio do direito penal material pode-se falar das várias experiências de conduzi-lo para uma função e validade normativa de seus princípios reitores tendo como consequência a minimização do sistema penal. De outro lado, apontam-se também aquelas tentativas que enxergam no recrudescimento penal e movimentos da lei e da ordem à válvula de escape para a crise do sistema punitivo.

No que concerne ao processo penal, percebe-se igualmente tentativas que levam a um maior recrudescimento e outras que operam na tentativa de reduzi-lo. É a partir destas tentativas que no âmbito do processo penal se pode pensar na inclusão da vítima no processo penal, seja como tentativa de (re) legitimá-lo (se é que alguma vez foi legítimo), como forma de minimizar a violência do sistema penal, ou mesmo como um direito fundamental da vítima à reparação do dano.

A partir das consequências refletidas da concepção agnóstica da pena e do fato de que a pena não cumpre as funções declaradas, mas tão somente opera impondo dor; e, tendo também como base que a função do direito penal, e, por conseguinte do processo penal, é, enquanto mecanismo programador do exercício da racionalidade do poder punitivo, atuar de maneira a reduzir e conter o poder punitivo dentro dos limites mais racionais possíveis³⁴, imagina-se que a inclusão da vítima no processo penal deverá ser levada a termo tendo por consequência a criação de medidas e mecanismos descarcerizadores, despenalizadores, desinstitucionalizadores, abolicionistas e diversificadores.

Todos esses mecanismos têm por meta diminuir a violência institucional provocada pela pena privativa de liberdade ou mesmo aboli-la. Por ora, não será esboçado os contornos de um direito penal mínimo que é a expressão do modelo sugerido acima e tão pouco as teorias abolicionistas que parecem inspirar tanto os minimalistas ou ao menos parte deles, diga-se Zaffaroni e Baratta, isso será realizado na seção 3.1.

³³ FERNANDES, Fernando Andrade. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Almedina, 2001. O pensamento do referido autor é bem mais profundo do que a redução que fizemos aqui. Na verdade o pensamento do autor põe a tônica desse problema dentro de um pensamento muito mais abrangente que é a utilização do processo penal enquanto instrumento de política criminal, tendo por fundamento a composição entre o pensamento problemático e o pensamento sistemático.

³⁴ Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2005. p. 172 et seq.

É a partir desses fatos que se pode pensar na utilização do processo penal enquanto filtro para a redução e seletividade do sistema penal. A inclusão da vítima se insere nesse pequeno passo para a redução, contração, e talvez legitimação do sistema penal, ou talvez somente na diminuição de sua violência, no sentido de que, como um dos protagonistas do evento criminal e frente ao seu direito de reparação do dano e, principalmente, por ser afetada pela decisão judicial, a vítima deverá participar do processo penal.

Esclareça-se, desde já, que imaginar que a simples inclusão da vítima seria o meio ideal ou único para legitimar qualquer sistema punitivo, é um absurdo que deve ser combatido. Conceber que o processo penal e o direito penal encontrar-se-iam legitimados por tal atitude seria o mesmo que tentar repetir os feitos do Barão Murchassem que certa vez se encontrava em um atoleiro e quando estava prestes a afundar teve a brilhante ideia de se erguer a si mesmo puxando seus cabelos.

Refletindo sobre medidas simplificadoras no processo penal, Alberto Binder, estabelece alguns modelos, enquanto alternativas simplificadoras. Estes modelos podem, sem prejuízo algum, ser colacionados com tentativas de inclusão da vítima: a simplificação informada pelo sentimento de vingança afastando o processo de um modelo acusatório para um modelo inquisitivo; a simplificação trazida pela ideia de que a modernização informática e de outras parafernalias tecnológicas, cujo ordenamento brasileiro, seja a mudança para possibilitar a vídeo conferência, “a otimização do ruim”; a simplificação informada pela ideia de reparação, tendo por escopo a participação da vítima, mudança que seria um misto de tentativa de privatização do conflito pela estrita relação com a questão financeira e uma privatização no sentido neoliberal do processo penal; e, por último, a simplificação guiada por um enfoque multidimensional, reconhecendo que nele existe uma pluralidade de interesses (da sociedade, do Estado, da vítima e do próprio criminoso) e assim considera a vítima enquanto sujeito afetado pelo provimento jurisdicional. Essa abordagem comporta uma nova racionalidade do sistema penal investindo, sobretudo na ideia de pacificação social.³⁵

Imaginar que as leis de direito material podem encontrar sua realização plena dentro do processo, não é exatamente uma ideia nova. Em sua tese de cátedra, “A instrumentalidade do processo”, Candido Rangel Dinamarco já afirmava essa possibilidade. Atribui o autor uma função para além da mera aplicabilidade do direito material, ou seja, o processo não deve ser

³⁵ Acredita o autor que este último modelo é o mais adequado e que se realizado de maneira responsável é capaz de refletir uma - política criminal verdadeiramente democrática e profundamente humanista. BINDER, Alberto M. **Justicia penal y estado de derecho**. 2. ed. Buenos Aires: Ad Hoc, 2004. p. 78.

visto somente enquanto mecanismo de aplicação do direito, mas sim dentro de uma dupla instrumentalidade do processo.

O grande brilhantismo da teoria da instrumentalidade do processo de Candido Rangel Dinamarco reside no fato de ver o processo com escopos que não se restringem ao jurídico, mas um mecanismo de efetivação de compromissos ético, políticos e sociais, são os chamados escopos metajurídicos.

“A visão instrumental do processo, com repúdio ao seu exame exclusivamente pelo ângulo interno, constitui abertura do sistema para a infiltração dos valores tutelados na ordem político-constitucional e jurídico material.”³⁶

Dentre os variados enfoques que pode receber a teoria da instrumentalidade do processo no âmbito penal é, sobretudo, a partir de um aspecto técnico de composição da lide e também de efetivação dos valores constitucionais que esta deve influenciar o processo penal. Nesse sentido Antonio Alberto Machado estabelece algumas dessas influências no âmbito penal, quais sejam:

(1) rigorosa observância do devido processo legal; (2) um processo genuinamente acusatório; (3) acesso efetivo aos mecanismos de defesa e aos meios de prova; (4) afirmação dos valores constitucionais próprios do Estado Democrático de Direito; (5) absoluto respeito as liberdade fundamentais; (6) atuação isonômica do direito penal; (7) possibilidade de utilização efetiva e consequente dos instrumentos de garantia como habeas corpus, o mandado de segurança, habeas data e o direito de petição; (8) aplicação de penas e medidas de reclusão em caráter excepcional; (9) execução de tais penas nos limites da legalidade, cumpridas sem terror e sem violência, com absoluto respeito à dignidade dos sentenciados; e (10) pleno acesso aos procedimentos de reabilitação dos condenados.³⁷

Tem muito valor a ideia de instrumentalidade quando se pensa o direito processual penal como algo vinculativo entre Estado-juiz e réu; contudo, não parece tal teoria responder aos anseios da vítima no processo penal. Deixa-se claro desde já que não se trata de abandonar a ideia de instrumentalidade do processo penal e nem tampouco refutar a dupla instrumentalidade do processo penal; pelo contrário, trata-se na verdade de tentar dar um passo adiante.

A ideia de uma dupla instrumentalidade do processo penal não parece exatamente coadunar com a inserção da vítima uma vez que esta teoria pressupõe um ativismo do juiz que

³⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 382.

³⁷ MACHADO, Antonio Alberto. **Teoria geral do processo penal**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 99.

se coloca como principal guardião e tutor do direito, responsável por dizer qual a melhor forma de solucionar os problemas sociais e conseqüentemente os penais.

É necessário procurar um fundamento que contemple tanto a ideia de participação da vítima no processo penal propriamente dito, enquanto direito fundamental proveniente de seu direito à reparação do dano, e também, sua participação nos chamados modelos consensuais de justiça.

Pensar que o processo penal pode desempenhar tal função significa, em outras palavras, atribuir a ele uma função para além da mera instrumentalidade processual, ou seja, o processo penal não pode ser visto somente enquanto mecanismo de aplicação do direito penal, como também, instrumento de justa composição das situações problemas. Para tanto parte-se da análise de processo penal moldado tendo como ponto de partida sua dupla instrumentalidade, e também que este processo penal desempenha funções de política-criminal cunhadas dentro de um modelo de Estado Democrático de Direito.

A ideia de dupla instrumentalidade é insuficiente para estabelecer o fundamento necessário de participação da vítima no processo penal. E, nesse sentido, para contornar esse obstáculo e não se restringir a uma análise de institutos que possibilitem a inclusão da vítima, postula-se apresentar que a valorização da vítima é produto de uma análise macroestrutural do modelo de processo erigido no âmbito de um Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido entende-se que o processo:

[...] em seus novos contornos teóricos na pós-modernidade, apresenta-se como necessária instituição constitucionalizada que, pela principiologia constitucional do devido processo que compreende os princípios da reserva legal, da ampla defesa, isonomia e contraditório, converte-se em direito-garantia imposterável e representativo de conquistas teóricas da humanidade no empreendimento secular contra a tirania, como referente constitucional lógico-jurídico, de interferência expansiva e fecunda, na regência axial das estruturas procedimentais nos segmentos da administração, legislação e jurisdição.³⁸

É a partir dos pressupostos que serão estabelecidos na fundamentação da investida criminológica e filosófica, bem como tendo por fundamento o modelo de Estado o qual se explanou na introdução como requisito para compreensão da vítima no processo penal. Que pretende-se uma construção teórica e suficiente capaz de albergar a vítima dentro do processo penal, dado sua estrutura de formação das decisões que ocorre de forma participativa no

³⁸ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 84..

processo, em que a cooperação entre os sujeitos processuais tem como objetivo promover um diálogo/debate mais útil para a construção de decisões (sentença) qualitativamente melhores e de um processo mais efetivo (eficiente e legítimo).

Em sentido muito próximo Antonio Scarance Fernandes afirma que:

A própria legitimação do provimento decorre da possibilidade de outros trazerem a juízo informações necessárias para a correta apreensão daquele trecho da realidade, objeto de apreciação judicial. O processo não é só procedimento e contraditório; é procedimento, contraditório e participação. A ideia de contraditório não abrange a de participação, sendo esta de âmbito maior. O contraditório efetiva-se mediante a participação das partes e do juiz. Todavia, não participam no processo só estes sujeitos, mas também a vítima.³⁹

3.1.1 Fundamentações criminológicas

A fundamentação relativa à participação da vítima no processo penal é também produto de constatações que compreendem uma série de teorias que envolvem algumas abordagens criminológicas. Não se ambiciona exaurir todas estas correntes criminológicas, tampouco elaborar um inventário exaustivo delas, mas somente demonstrar que a participação da vítima pode ser vista como exigência destes estudos criminológicos e que os autores aqui trabalhados, ao pensarem as ciências criminológicas, não descuidaram da vítima e que, de forma incidente, ela não restou esquecida dentro do sistema jurídico penal.

A abordagem realizada propõe uma análise tendo como fundamento de validade uma perspectiva das teorias criminológicas críticas, bem como o abolicionismo penal visto que, como aponta Ignácio Anitua⁴⁰, foram as correntes responsáveis pela recuperação do discurso das vítimas nos últimos anos.

Seria uma tarefa ingrata que fugiria do escopo da presente dissertação elaborar uma completa análise de toda a influência dos criminólogos críticos no que concerne a suas posições que podem fundamentar a participação da vítima no processo penal, razão pela qual remete-se a alguns autores que servem suficientemente para demonstrar que tal abordagem pode derivar de uma atitude progressista, em claro contraponto aos discursos vitimológicos provenientes do movimento da lei e da ordem.

É a perspectiva interacionista, ou seja, o *labeling approach* que pode ser visto como o primeiro passo para o despertar das ciências criminológicas para a vítima.

³⁹ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2005. p. 44.

⁴⁰ Cf. ANITUA, Ignácio. **História dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 753.

O *labeling approach* procura uma explicação para o crime em paradigmas diversos daqueles concebidos pela criminologia tradicional. Para tanto verificar-se que as instâncias formais de controle social são fatores criminógenos. Esta conclusão é consequência de uma característica comum a todos os delinquentes, que é o etiquetamento como criminoso realizado pelas instâncias formais de controle social. O problema criminal é deslocado do plano da ação para o da reação ao delito.⁴¹

Nesse sentido, Howard Becker, um dos sociólogos que mais influenciaram a abordagem da rotulação social, assevera que:

Comportamento desviante é criado pela sociedade. Eu não penso isto do modo como é costumeiramente compreendido, ou seja, que os fundamentos do comportamento desviante encontram-se na situação social da pessoa desviante em seu comportamento, ou nos fatores sociais que desencadeiam sua ação. Eu penso ao contrário, que grupos sociais criam o comportamento desviante através disto, que eles estabelecem regras cuja lesão constitui o comportamento desviante, e que eles aplicam essas regras a determinadas pessoas, que rotulam como outsiders. Deste ponto de vista, o comportamento desviante não é nenhuma qualidade de ação que uma pessoa comete, mas ao contrário, uma consequência da aplicação de regras por outros e de sanções sobre um autor. A pessoa com comportamento desviante é uma pessoa a quem esta designação foi aplicada com sucesso; comportamento desviante é comportamento que as pessoas assim designam.⁴²

A tônica do *labeling approach* coloca seu foco não nos crimes que são cometidos, mas nas agências de controle social e nos mecanismos utilizados por estas para sua atuação. Esse enfoque permite perceber uma qualidade não ôntica dos delitos, ou seja, que eles são considerados crimes a partir da atividade de órgãos responsáveis pela administração da justiça criminal.

Ainda que os interacionistas tenham percebido o papel do Estado e suas agências na formulação do que se pode chamar criminalização primária (desviação primária) a ênfase de seus estudos não recaiu sobre este dado, fato somente analisado, criticado e denunciado posteriormente pelos criminólogos críticos. O foco do *labeling approach* se deu, na verdade, no âmbito da desviação secundária, isto é, nas consequências, problemas e malefícios acarretados pela reação social ao delito. Em geral, a partir do momento em que alguém comete um delito e se envolve com qualquer agência de controle social (Ministério Público, polícia, Judiciário etc) essa pessoa acaba muitas vezes ficando estigmatizada em seu meio social, ou seja, rotulada como criminoso.

⁴¹ DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia**. Coimbra: Coimbra, 1992. p. 346.

⁴² HOWARD, Becker S. **Outsiders**. São Paulo: Jorge Zahar, 2008. p. 12.

No que reporta-se ao nosso objetivo, qual seja demonstrar as implicações do corte interacionista para fundamentação da vítima no processo penal, pode-se referir que tem-se por base duas teses do *labeling approach*: o reconhecimento do caráter seletivo das instâncias de controle social e o papel social de construção do criminoso. Deste modo, juntamente com, Manuel da Costa Andrade, pode-se reconhecer que o *labeling approach* aplicado para os estudos da vítima tem como consequência:

[...] em primeiro lugar o reconhecimento do caráter seletivo das *normas* que definem os papéis de vítima e desviante, e em segundo lugar, o princípio de que as regularidades que se exprimem na conversão das vítimas *potenciais* em *reais* não são devidas ao acaso.⁴³

Assim sendo, os principais postulados da teoria da rotulação social são: deslocar o problema criminal da ação para o modelo da repressão, ou seja, o problema é enfocado não no momento da criminalização primária, mas sim no momento da desviação secundária; a administração da justiça criminal contribui para o aumento da criminalidade, porque estigmatiza e impede que o criminoso retorne à convivência social; pessoas que sofrem as mesmas rotulações tendem a agrupar-se como forma de reação a esse processo; e, a reação ao delito é um processo discriminatório e seletivo que dá ênfase a determinadas pessoas e ou condutas. Decisivamente, as consequências da contribuição do *labeling approach* remetem ao processo da vitimização secundária⁴⁴.

Outro fator não menos importante, quíça na verdade o mais importante nos efeitos do aporte do *labeling approach*, é que:

Na base, pois, dessa teoria criminológica quatro são os tópicos de política criminal: *descriminalização, não-intervenção radical, diversão e due proces*. Ao que nos interessa, por ora, na diversão verifica-se a busca de soluções informais e não institucionais, com vista a evitar o efeito estigmatizante do Sistema de Justiça Criminal.⁴⁵

Indiscutivelmente o *labeling approach* contribuiu para a imagem de uma fundamentação de participação da vítima no âmbito do processo penal, ao mesmo tempo pode-se dizer que o abolicionismo penal também pode ser colacionado na esfera desta construção de participação da vítima no processo penal. É o que se passará a fazer.

⁴³ ANDRADE, Manuel da Costa. **A vítima e o problema criminal**. Coimbra: Coimbra, 1980. p. 125. (grifo do autor).

⁴⁴ O assunto foi por nós abordados na seção 2.2. “Consequências da expropriação do conflito: a vitimização secundária.”

⁴⁵ FERNANDES, Fernando Andrade. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Almedina, 2001. p. 158. (grifo do autor).

Alguns conceitos sobre o abolicionismo desde já carecem ser desfeitos. O primeiro deles é que ele seja um todo orgânico que contemple em suas linhas um pensamento uniforme, livre de qualquer diferenciação; o segundo, é que o abolicionismo o qual se fala em ciências criminais não se compara somente com o abolicionismo contra a pena de morte ou mesmo contra o abolicionismo contra o trabalho escravo.

O movimento abolicionista prega uma transformação radical das formas de reação social à criminalidade, lastreando sua proposta não na renovação ou mesmo modificação dos atuais sistemas criminais-punitivos, mas na própria eliminação desses sistemas, que, cada vez mais se mostram insuficientes para atingirem os fins para os quais são propostos. No entanto, ainda que conseguisse levar a termo seus fins, nada justificaria em um plano teórico, ético e social à imposição da pena, visto que o escopo primordial desta é infligir dor e sofrimento na busca dos fins almejados.

Em primeiro plano, é necessário lembrar que os autores abolicionistas não partilham de uma total coincidência de métodos, pressupostos filosóficos e táticos para alcançar seus objetivos. Neste trabalho pretende-se seguir, na medida do possível, a tipologia proposta por Zaffaroni⁴⁶ que decompõe a proposta abolicionista nas seguintes vertentes: a preferência marxista de Mathiesen, a fenomenologia de Louk Hulsman e o modelo fenomenológico historicista de Nils Christie.

Louk Hulsman e Jaqueline Bernat Celis colacionam um exemplo elucidador das possíveis concepções para a resolução de um crime. Em seu livro “Penas perdidas: o sistema penal em questão” faz referência a uma situação problema que os penalistas não titubeariam em chamar de crime. Em um dado apartamento, compartilhado por cinco estudantes, em um momento de fúria um deles arremessa contra o televisor um prato. As reações de seus companheiros deixam claras as atitudes possíveis frente ao problema. Um deles propõe a expulsão do companheiro da república; outro propõe que o estudante que teve a atitude de quebrar a televisão e os pratos os restitua; outro estudante aventa a possibilidade do companheiro estar doente e propõem que o levem a um psiquiatra; e, por último, outro estudante sussurra: “[...] a gente achava que se sentia bem, mas alguma coisa deve estar errada em nossa comunidade, para permitir um gesto como esse... vamos juntos fazer um exame de consciência.”⁴⁷

⁴⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2005. p. 98. Zaffaroni ainda coloca dentro da vertente abolicionista a concepção estruturalista de Michel Foucault, preferirismo, contudo não abarca-la neste trabalho.

⁴⁷ HULSMAN, Louk; CELIS, Jaqueline Bernat. **Penas perdidas: o sistema penal em questão**. Niterói: Luam, 1997. p. 100.

A solução que segundo o autor parece mais acertada seria aquela na qual se reforçaria os laços comunitários. Essa compreensão da situação faz sentido quando se compreende sua abordagem no que concerne ao conceito de abolicionismo. Para tanto, elabora uma distinção analítica entre duas formas de abolicionismo.

O abolicionismo que ostenta um discurso próximo de um movimento social, semelhante aos movimentos pela abolição da escravidão ou mais recentemente contra a violência racial ou de gênero. Nesse sentido:

De um lado, temos uma postura abolicionista que nega a legitimidade de atividades desenvolvidas na organização cultural e social da justiça criminal. Esta postura rejeita também as imagens da vida social que são formadas com base nestas atividades em dois diferentes segmentos da sociedade. Nesta visão, a justiça criminal não é uma resposta legítima a situações-problema, mas apresenta as características de um problema público. Isto implica que esses abolicionistas têm de cumprir uma tarefa dupla: têm de parar com as atividades num molde da justiça criminal, mas também se envolvem em lidar com situações-problema criminalizáveis fora da justiça criminal.⁴⁸

Diversamente, pode-se pensar no abolicionismo enquanto sistema que não visa, a priori, abolir a justiça penal e sim, a maneira de ver a justiça penal. Para tal propõe a abolição da linguagem acadêmica enquanto hipótese crítica. Entende o autor que a universidade e seu discurso acadêmico tem responsabilidade nas leituras dominantes sobre o crime e a justiça criminal. Estas “leituras” dominantes, tacitamente apoiam a ideia de uma “naturalidade e necessidade” da justiça criminal.

Não almeja simplesmente a eliminação de conceitos ou linguagens, mas esta é pressuposto para uma verdadeira transformação de fundo do modo de encarar a lógica da justiça penal. A utilização de uma nova linguagem evita uma visão estigmatizante sobre as pessoas e situações vivenciadas. Por meio de uma linguagem não pertencente ao dialeto penal poder-se-ia pensar em uma nova lógica, ou seja, não basta somente à modificação da linguagem é preciso que esta, na verdade, signifique novas categorias.

Não basta a mudar de linguagem, se se conservarem as antigas categorias nas novas palavras. Se, por exemplo, colocamos no termo “acometimento indesejado” o mesmo conteúdo da noção legal de “crime” – um ato isoladamente focalizado, uma responsabilidade que se joga sobre um único autor invisível, etc....- permaneceremos, sem perceber, na lógica fundamental do controle social que já conhecemos. Começaremos a nos perguntar, então pelo que substituiremos o sistema penal, procurando soluções sobressalentes, o que não é um bom, enfoque, pois não se trata de

⁴⁸ HULSMAN, Louk. **Pensar em clave abolicionista**. Buenos Aires: Cinap, 1997. p. 80-81.

reconstituir nos mesmos moldes um edifício que acabamos de derrubar, mas sim de olhar a realidade com outros olhos.⁴⁹

A mudança terminológica possibilita alcançar verdadeiras alternativas visto que rotular uma dada ação como criminosa impossibilitaria o surgimento de qualquer outra forma de solução do “crime” que não seja a via da reação punitiva.

Deste modo o autor questiona e apoia que o conceito de “crime” que deve ser substituído pela inserção da noção de “situações problemáticas” e que sem a participação das pessoas diretamente envolvidas é impossível uma forma de resolução humanizada de quaisquer situações-problemas. “Abolir o sistema penal significa dar vida às comunidades, às instituições e aos homens.”⁵⁰ O sistema penal na visão do autor é estabelecido sobre uma falsa noção de consenso, para o qual não são chamados a participar os verdadeiros interessados.

Os conflitos que ocorrem na sociedade entre pessoas e grupos, não são definidos pela justiça penal, em termos das partes envolvidas, sim em termos de regulamentações (legislação penal) e de requerimentos das organizações estatais. Esses requerimentos legais estão orientados aos vitimários e não a vítima. As partes diretamente envolvidas no conflito podem exercer pouca influência sobre o curso dos feitos, uma vez que ocorrendo a intervenção da justiça penal este é cooptado para o interior do sistema.⁵¹

A partir da significação de “situações problemáticas”, Hulsman não adere a qualquer forma pré-concebida para a sua solução, deixando em aberto qualquer forma de intervenção dos afetados por estas situações e a solução efetiva poderá encontrar qualquer forma de abordagem: assistencial, compensatória, educativa, terapêutica etc.

O abolicionismo fenomenológico situa o debate primeiramente desafiando as categorias utilizadas pelas ciências criminais tais como: crime, criminoso, sistema penal de modo que ambiciona uma resposta alternativa à justiça criminal, não somente sanções alternativas. No que se relaciona a participação da vítima no processo penal o enfoque abolicionista de Hulsman deve ser visto com certo cuidado, porquanto a estruturação de seu pensamento é colocada tendo por escopo rompimento com as categorias estabelecidas pela ciência criminal.

Com a abolição do sistema penal, toda a matéria de resolução de conflitos, repensada numa nova linguagem e retomada numa outra lógica, estará

⁴⁹ HULSMAN, Louk; CELIS, Jaqueline Bernat. **Penas perdidas**: o sistema penal em questão. Niterói: Luam, 1997. p. 97.

⁵⁰ Ibid., p. 92.

⁵¹ HULSMAN, Louk. **Pensar em clave abolicionista**. Buenos Aires: Cinap, 1997. p.103. (tradução nossa).

transformada desde seu interior. A renovação deste sistema, naturalmente, não eliminaria as situações problemáticas, mas o fim das chaves de interpretação redutoras e das soluções estereotipadas por ele importas, de cima e de longe, permitiria que, em todos os níveis da vida social irrompessem milhares de enfoques e soluções que, hoje, mal conseguimos imaginar.

Se afastar do meu jardim os obstáculos que impedem o sol e a água de fertilizar a terra, logo surgirão plantas de cuja existência eu se quer suspeitava. Da mesma forma, o desaparecimento do sistema punitivo estatal abrirá, num convívio mais sadio e mais dinâmico, os caminhos de uma nova justiça.⁵²

Hulsman não pretende estabelecer um programa/método definitivo que vise demonstrar como se dará a substituição da justiça criminal. Seu pensamento abolicionista na verdade propugna que os próprios interessados resolvam suas situações problemáticas e que estas sejam compreendidas a partir da situação problema e a solução seja construída com fundamento na realidade social dos indivíduos envolvidos.

Em posfácio de sua obra “Penas perdidas”⁵³, apresenta o autor três casos que exemplificam alternativas que dentro da atual justiça penal parecem impensáveis e irrealizáveis. O primeiro deles envolve uma ação reparadora pelos diretamente envolvidos em caso de um furto; o segundo caso aborda a utilização da lei civil para os casos de mulheres que sofrem algum tipo de violência de cunho sexual; e, por fim, o último aponta as consequências de uma pesquisa no âmbito da própria sociedade como forma de instigar e apoiar o envolvimento da comunidade na prevenção de situações problemáticas criminalizáveis. O caminho pelo qual essas situações problemáticas foram solucionadas tem como ponto comum a linguagem, e, conseqüentemente a ação diferenciada do arcabouço da justiça criminal, focando:

[...] - em situações no lugar comportamentos;
 - na natureza problemática ao invés da natureza ilegal do crime;
 - na pessoa/instância para quem algo é problemático (vítima) no lugar do agressor. Este só entra em cena quando uma vítima define o ato de uma forma que o torna relevante;
 - na pergunta “o quê pode ser feito” e “por quem” sob as instituições. [...] A abolição é, então, em primeiro lugar, a abolição da justiça criminal na pessoa.⁵⁴

⁵² HULSMAN; Louk. **Pensar em clave abolicionista**. Buenos Aires: Cinap, 1997. p. 97. (tradução nossa).

⁵³ HULSMAN, Louk; CELIS, Jaqueline Bernat. **Penas perdidas: o sistema penal em questão**. Niterói: Luam, 1997. p. 98.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 179.

Outro importante autor abolicionista, Thomas Mathiesen, considerado por muitos⁵⁵ como o estrategista direto do abolicionismo penal, apresenta seu pensamento estruturado dentro de uma concepção marxista e, portanto o sistema penal encontra-se ligado ao modo de produção capitalista.

Com efeito, esse fato determina em muito sua preocupação em abolir o sistema penal e todas outras estruturas repressivas da sociedade no plano objetivo sua estratégia de ação consistiria em combater sempre os limites do sistema penal tendo por fundamento uma ação política. Isto, em termos práticos, poderia ser exemplificado pela modificação da ideia de guerra contra o crime, em guerra contra a miséria, o estabelecimento de moradias decentes, programas de trabalho, de educação etc.

Em análise última no campo das estratégias abolicionista de Mathiesen poder-se-ia falar a respeito da questão da vítima que exerceria uma influência destacada na desconstrução do atual sistema penal. De acordo com autor:

[...] compensação econômica (do Estado) quando isso for pertinente, um sistema de seguro simplificado, apoio simbólico em situações de luto e pesar, abrigos para onde levar as pessoas quando necessitarem de proteção, centros de apoio para mulheres espancadas, solução de conflitos quando isso for possível, e assim por diante. As vítimas não recebem absolutamente nada do sistema atual, nem da aceleração e ampliação do sistema presente no entanto poderiam receber muito se houvesse a mudança de direção do sistema na forma como sugeri. Uma idéia e um princípio fundamental seria guinar o sistema em 180 graus: ao invés de aumentar a punição do transgressor de acordo com a gravidade da transgressão, o que é básico no sistema atual, eu proporia o aumento de apoio à vítima de acordo com a gravidade da transgressão. Em outras palavras, não uma escala de punições para os transgressores, mas uma escala de apoio às vítimas. Certamente, esta seria uma mudança radical, mas que seria racional do ponto de vista das vítimas e, provavelmente, também, útil para superar a resistência ao desmantelamento do sistema atual.⁵⁶

Por último, outro abolicionista de forte influência no movimento das vítimas é Nils Christie. O próprio autor parece negar a qualificação de abolicionista preferindo considerar-se um minimalista do sistema penal⁵⁷. Ao nosso ver tal posição procede do fato de acolher e mesmo utilizar em seus estudos os reduzidos modelos existentes e outros experimentos de pequenas sociedades que resolvem seus conflitos no âmbito das próprias comunidades. As

⁵⁵ Assim: ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2005. p. 99; e ANITUA, Ignácio. **Historia dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 702.

⁵⁶ MATHIESEN, Thomas. A caminho do século XII – abolição, um sonho possível? **Verve**: Revista Semestral Autogestionária do Nu-Sol, São Paulo, n. 4, p. 80-111, 2003. Disponível em: <<http://revistas.pucsp.br/index.php/verve/issue/view/343/showToc>>. Acesso em: 20 out. 2013. .

⁵⁷ Cf. CHRISTIE, Nils. **Uma razoável quantidade de crime**. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

pesquisas iniciais de Nils Christie tinham por foco o funcionamento dos campos de concentrações nazistas, e mais precisamente as ações dos agentes de segurança nesses campos, motivo que pode esclarecer sua propensão em apoiar a criação de mecanismos para mitigação da dor imposta nos atuais sistemas penais.

A apresentação elaborada pelo autor refere-se, sobretudo, a suas obras⁵⁸: “Os conflitos como propriedade”; “A indústria do controle do crime”; “Uma razoável quantidade de crime”. Nessas obras, o autor denuncia os problemas do sistema penal que ao se burocratizar e centralizar suas ações, expropriando o conflito das partes nele envolvidas e nisso inclui-se a comunidade que também é afetada pelas decisões dos órgãos estatais, acaba por produzir dor e sofrimento.

Os conflitos podem receber duas formas de tratamentos diferentes. A primeira diz respeito uma forma vertical de justiça, em que casos iguais devem ser tratados de maneiras iguais. É o caso de um rito processual que determina quais os caminhos para a imposição da pena, exemplo no qual os reais interessados na resolução do conflito são deixados de lado, uma vez que a lei formal não pode levar em consideração todos os aspectos subjetivos que os envolvidos julgam importante. Suas impressões sobre o caso são substituídas pelos argumentos de autoridades dos especialistas: advogados, promotores e juízes que seguem de forma implacável todos os ritos e cerimônias da lei penal. “Com a justiça vertical e a distância social que ela implica cria-se também uma situação que propicia a punição, infligida consciente de dor.”⁵⁹

Modernidade é racionalidade. Mas alguns aspectos do crime vão além da racionalidade. Para a vítima, o caso se é sério acontece uma só vez. É um assunto muito carregado de emoção.

Se o crime é entendido como grave, a vítima pode ter sentimentos de cólera ou mesmo de dor. Nenhum tribunal- exceto os da aldeia - é bom para lidar com estas emoções. Na sua maioria são enfadonhos e orientados estritamente para o cumprimento do dever. A vítima não é o personagem principal da ação.

O processo é dirigido por pessoas que dizem representar as partes a distancia em relação às vítimas pode ser um dos motivos para a sua insatisfação e para as freqüentes afirmações de que os criminosos livram-se da cadeia muito facilmente.

Os pedidos por penas mais severas podem ser uma consequência da falta de atenção às necessidade que as vítimas sentem de dar vazão a suas emoções, mais que a desejos de vingança.

⁵⁸ CHRISTIE, Nils. Los conflictos como pertenencia. In: MAIER, Julio B.J. **De los delitos y de las víctimas**. Buenos Aires: AD-HOC, 1992; Id. **A indústria do controle do crime: a caminho dos gulags em estilo ocidental**. Tradução de Luis Leiria. Rio de Janeiro: Forense, 1998 e CHRISTIE, Nils. **Uma razoável quantidade de crime**. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

⁵⁹ CHRISTIE, 2011, op. cit., p. 119.

Uma forma de corrigir isto seria dar à vítima uma posição mais central no processo e, ao mesmo tempo, reduzir os aspectos utilitários de toda operação.

Durante muito tempo, os tribunais se adaptaram muito mal à expressão de sentimentos. Com a modernidade, eles vão de mal a pior. O sistema passou de um ritualismo expressivo à eficiência administrativa.⁶⁰

É nesse contexto de chamamento da vítima que o autor desenvolve o conceito de justiça horizontal, que consistiria no modelo de justiça próprio de pequenas comunidades em que o estabelecimento de uma pena (inflicção consciente de dor) significaria provocar uma guerra civil. Outro fator importante é que nessas pequenas comunidades as pessoas se conhecem e terão que conviver juntos no futuro. Logo, romper relações e mudar de meio social não é uma alternativa viável.

Posta assim tal questão, pode-se dizer que nestas comunidades a justiça horizontal ou aldeã comportaria as seguintes características: as decisões são sempre locais, ou seja, é bem provável que modo de resolução de uma dada situação problemática não seja o mesmo em outras comunidades; neste tipo de justiça as pessoas não estão necessariamente em situação econômica, social ou de prestígio iguais, mas ao fazerem parte de um mesmo processo de construção da resolução de um conflito suas decisões baseadas em diferentes percepções tende a igualá-las enquanto seres vinculados a um mesmo processo.

Além desses fatores, na justiça horizontal as questões relevantes não são ditadas de cima para baixo, pelo contrário, são tratadas de maneira radicalmente diferente com o que ocorre no sistema legal. A relevância é considerada pelos participantes do processo que via de regra não possui soluções predefinidas. Tendo em vista a convivência futura das pessoas e a disposição consciente de não querer aplicar uma sanção que implique efetivamente no aumento da animosidade entre elas e a inflicção consciente de dor, a compensação parece mais importante do que a retribuição.

Cumprido obter, todavia, que o abolicionismo de Christie, não estaria totalmente de acordo com as posições mais radicais de total prescindibilidade da lei penal, posição esta que levaria a graves problemas.

O autor estabelece ao menos três pontos que o fazem não acreditar na total abolição das formas de punição. O primeiro deles diz respeito a um modelo que vise a reapropriação do conflito pelas partes envolvidas, modelo alternativo que não encontra oposição somente nos burocratas da administração penal, mas também nos próprios vitimadores que poderiam se

⁶⁰ CHRISTIE, Nils. **A indústria do controle do crime: a caminho dos gulags em estilo ocidental.** Tradução de Luis Leiria. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 160-161.

opor, uma vez que não estivessem desejosos de participar de qualquer processo de reconciliação ou busca de qualquer tipo de acordo. Esse fato pode ocorrer com as vítimas que não consideram a reconciliação ou qualquer outra forma de resolução que não seja a imposição de uma pena. Nesses casos, não haveria outra possibilidade a não ser o início de um processo criminal.⁶¹

Assinala, ainda, que o procedimento penal possa ser útil em alguns casos em que outras regras precisariam de apoio, por exemplo, motoristas que persistem em andar em elevada velocidade, casos em que medidas administrativas poderiam ser insuficientes. Outro exemplo refere-se aos crimes sem vítimas, para os quais seria pertinente a expressão “crimes de vítimas difusas”, em que se verifica a necessidade de regular as ações de pessoas que estejam trazendo prejuízo a si próprias.

Por sua vez, a completa abolição das punições poderia banalizar os processos de reconciliação tendo em vista que no desespero os ofensores, ou seus parentes mais próximos, poderiam prometer demais tendo por objetivo mitigar a situação. Nesse sentido, Christie traz o exemplo norueguês no qual o sistema oficial de mediação encontra-se soterrado de pequenos furtos cometidos por menores, transformando os locais de mediação em verdadeira fábrica de punição de menores⁶². Frente a essa banalização do instituto da mediação no sistema norueguês, não seria desprezioso lembrar que tal fato é notado no âmbito nacional, no que concerne a Lei n. 9.099/95⁶³, que teria trazido novamente para a seara penal casos que outrora se encontravam ao largo do sistema criminal, como por exemplo, as contravenções penais.

Essa maneira de encarar os conflitos tem como consequência a tentativa de romper com os modelos classificatórios dicotômicos, nos quais as pessoas envolvidas nas situações problemáticas são rotuladas como inocentes ou culpadas, legais ou ilegais. O sistema penal, no pensamento de Christie, deve ser permeado por valores de uma justiça mais participativa e comunitária, uma vez que o sistema penal lastreado em uma justiça vertical (tradicional) tende à destruição de laços comunitários, causando sempre dor e sofrimento às partes.

Advoga o autor que o modelo de solução de conflitos, ao ser reapropriado pelos afetados no evento “criminoso”, pode ser uma grandiosa oportunidade pedagógica no sentido

⁶¹ CHRISTIE, Nils. **Uma razoável quantidade de crime**: Tradução de André Nascimento. Rio de Janeiro: Instituto carioca de criminologia, 2011. p. 124.

⁶² Ibid., p. 126. Frente a essa banalização do instituto no sistema norueguês não seria desprezioso lembrar que tal fato é lembrado no âmbito nacional no que concerne a Lei n. 9.099/95, que teria trazido novamente para a seara penal casos que outrora se encontravam ao largo do sistema criminal, como por exemplo, as contravenções penais.

⁶³ BRASIL. Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Poder Legislativo, Brasília, DF. 26 set. 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm>. Acesso em: 25 fev. 2014.

de levar a todos o conhecimento dos meandros das leis, além de ser uma forma de enxergar os conflitos como oportunidade de participação cidadã, envolve as partes em uma dinâmica que está ligada à vida das pessoas de forma umbilical.⁶⁴

Segundo Ignácio Anitua:

Não deveria estranhar que Christie se enquadre dentro daqueles personagens que começam a criticar a democracia liberal e a do Estado do bem-estar, reivindicando um modelo de participação. [...] Numa sociedade libertária, democrática e solidária, seria necessário que os conflitos fossem discutidos por todos de um ponto de vista político. Nesse sentido, ele recomendava, mais uma vez, uma necessária “reapropriação do conflito”.

Verifica-se assim, que Christie não é um abolicionista facilmente enquadrável nessa denominação. Sua proposta não se oporia a um tipo de leis ou normas consensuadas, e de julgamentos ou rituais participativos, caso isso reconduzisse para a redução ou a eliminação da dor e da violência.⁶⁵

Pelo exposto, a essa altura, resta manifesta a influência que o abolicionismo representa para o processo penal e para as ciências criminológicas. Sendo que para efetivar a proposta de participação da vítima dentro do chamado minimalismo penal, é necessário estabelecer de qual minimalismo falamos. Efetivamente, as correntes minimalistas, que se pretende seguir são expressas nos trabalhos de Alessandro Baratta e Eugenio Raul Zaffaroni, que se revestem do aspecto instrumental, no que concerne à realização das propostas abolicionistas. Nesse sentido, nos parece que nenhuma forma de antagonismo arrazoada entre abolicionismo e minimalismo encontre qualquer fundamentação lógica ou teórica, uma vez que ambos, os pensamentos convergem no sentido de propor alternativas menos violentas para os conflitos, de modo que os sistemas adequados para a sua resolução não seja produtor e reproduzidor de maior violência. Para Zaffaroni.

Em nossa opinião, o direito penal mínimo é, de maneira inquestionável, uma proposta a ser apoiada por todos os que deslegitimam o sistema penal, não como meta insuperável e, sim, como passagem ou trânsito para o abolicionismo, por mais inalcançável que este hoje pareça [...].⁶⁶

A criminologia crítica, fundamento de toda a concepção destes autores, tem como características fundamentais: se desenvolver em clara oposição à criminologia tradicional, fundamentada na ciência etiológica da criminalidade que ao estudar a criminologia de forma

⁶⁴ Cf. CHRISTIE, Nils. Los conflictos como pertinência. In: MAIER, Julio B.J. **De los delitos y de las víctimas**. Buenos Aires: AD-HOC, 1992. p. 159.

⁶⁵ ANITUA, Ignácio. **Historia dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan, 2008. 708.

⁶⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2005. p. 106. (grifo do autor).

tradicional a vê como realidade ontológica e a explica pelo método positivista de causas ambientais, biológicas e psicológicas. Por outro lado, a criminologia crítica é edificada tendo por fundamento uma mudança em seu objeto de estudo e no método de estudo do objeto: o objeto é deslocado da criminalidade, como constituição ontológica, para a criminalização, como realidade construída, mostrando o crime como qualidade atribuída a condutas ou pessoas pelo sistema de controle social, que o faz tendo por fundamento processos seletivos estereotipados, normalmente aspectos sociais negativos como a condição social, estereótipos raciais e de gêneros. O estudo do objeto na criminologia crítica é transposto dos preconceitos das criminologias tradicionais pelo fomento de um método interacionista de construção social do crime e da criminalidade, responsável pela mudança de foco do indivíduo para o sistema de justiça criminal, e mais o método dialético que insere a construção social do crime e da criminalidade no conjunto da contradição capital/trabalho assalariado, que define as instituições básicas das sociedades capitalistas.⁶⁷

O italiano Alessandro Baratta e o latino americano Eugenio Raul Zaffaroni tem desenvolvido a ideia de que o sistema penal deve encontrar dentro dos direitos humanos uma pauta mínima para acerca dos requisitos da mínima intervenção. Os direitos humanos significa, em primeiro lugar, um referente limitador, demarcador das fronteiras estritas dos limites da intervenção penal. Em segundo lugar, desempenha também uma função positiva a respeito da definição do objeto possível e necessário da tutela por meio do direito penal. Ocorre uma grande confluência entre o modelo de intervenção mínima proposta por Alessandro Baratta e Eugenio Raul Zaffaroni.

Eugenio Raul Zaffaroni tem construído seu discurso jurídico penal a partir do que tem denominado de realismo marginal, propondo por meio de uma aproximação com a realidade objetiva do sistema penal que, através de suas estruturas lógico-reais, possa servir de base para um novo discurso jurídico penal que pautas as decisões das agências de controle social, como parte de uma tática orientada para a estratégia delimitadora de atenuação dos níveis de violência.

O realismo marginal de Zaffaroni abrange, igualmente, todas as áreas do discurso das ciências criminais. Na criminologia, uma aproximação realista marginal permitiria uma visão dos efeitos e da realidade dos nossos sistemas penais latinos americanos, tendo o objetivo declarado de procurar o saber necessário para de forma imediata diminuir seus níveis de

⁶⁷ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 197; SANTOS, Juarez Cirino dos. **A criminologia radical**. Curitiba: Lumen Juris, 2006.

violência e de forma mediata elimina-los.⁶⁸ Não acredita o autor que os saberes criminológicos ou políticos criminais possam ser separados, uma vez que todo saber criminológico está previamente delimitado por uma intencionalidade política.

A dimensão jurídico-penal do realismo marginal parece mais complicada, uma vez que o discurso jurídico-penal deslegitima-se com a deslegitimação do próprio sistema penal. No entanto, este processo não impede a construção de um novo discurso jurídico-penal, que aceite a deslegitimação do exercício de poder do sistema penal e que se limite a pautar as decisões das agências judiciais com o mesmo objetivo político de reduzir a violência, levando-se em conta a informação criminológica sobre a operacionalidade real dos sistemas penais.⁶⁹

Uma intervenção mínima ocorre na medida em que os conflitos se situem fora do poder verticalizador do sistema penal e, deste modo, forem submetidos a uma solução menos violenta ou mesmo liberados de qualquer intervenção, visto não existir sociedade capaz de resolver todos os conflitos.

A redução da intervenção penal pode atuar dentro de um variado contexto de ações a serem realizadas, mesmo que no âmbito das instâncias formais de controle social. Em outras palavras, pode ocorrer à diminuição da intervenção através da descriminalização de condutas, da diversão e do princípio da oportunidade da ação penal, caminhos que possibilitam a diminuição da violência do sistema penal, desde que não constituam uma forma de aumentar o modelo punitivo, porém agora estabelecidos em outras agências e com a atenuação das garantias do direito e do processo penal.⁷⁰

O realismo penal marginal de Zaffaroni tenta construir, ainda que, no âmbito de todo o paradoxo que é demonstrar a deslegitimação do sistema penal e por outro lado operar uma função redutora e limitadora do sistema punitivo, isto é, da violência perpetrada por este.

Nesse sentido, o autor estabelece alguns princípios norteadores, princípios estes jamais taxativos tendo em vista o surgimento sempre de novos direitos humanos. Igualmente considera Paulo Borges⁷¹ que os direitos humanos devem ser considerados como processos, que surgem a partir das demandas de movimentos sociais desenvolvidas “[...] historicamente em estreita relação com a aparição e expansão da produção capitalista.”⁷²

⁶⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2005. p. 171.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 172.

⁷⁰ *Ibid.*, p. 177.

⁷¹ BORGES, Paulo César Corrêa. Direito penal mínimo e contravenção de vadiagem. In: _____ (Org.). **Leituras de um realismo jurídico-penal marginal**. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2013. p. 25.

⁷² HERRERA FLORES, Joaquín. **Teoria crítica dos direitos humanos**: os direitos humanos como produtos culturais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

Considerando conveniente adotar uma classificação dos princípios úteis à limitação da violência do sistema penal, o autor estabelece os seguintes princípios: princípios para a limitação da violência por carência de elementaríssimos requisitos formais; os princípios para a limitação da violência por exclusão de pressupostos de disfuncionalidade grosseira para os Direitos Humanos; e, os princípios para a limitação da violência por exclusão de qualquer pretensão de imputação pessoal em razão da sua notória irracionalidade.⁷³

Corroborando explicitamente a temática da vítima pode-se falar que dentro dos intitulados princípios para a limitação da violência por exclusão de pressupostos de disfuncionalidade grosseira para os Direitos Humanos, princípios estes que tem por finalidade estar direcionados para a orientação da aplicação da lei penal pelas agências judiciais, a vítima encontra destaque no princípio limitador da lesividade à vítima. Nesse princípio resalta Zaffaroni:

A vítima de um delito acaba sempre prejudicada consideravelmente, porque, em regra, o sistema permanece imperturbável; quando interfere, não é menor o estrago, em consequência da expropriação do conflito, sendo inadmissível que a agência judicial, além destes prejuízos tolere ainda que a irracionalidade do sistema penal chegue ao cúmulo de intervir quando, concretamente, esta intervenção pode acarretar prejuízos ainda maiores.

Pode ser que a lei não seja expressa a respeito, mas os princípios elementares de respeito à dignidade humana impõem um limite à utilização da pessoa do criminalizado para o exercício de um poder verticalizante; para tanto se usa a vítima mediante a expropriação do (diríamos confisco) de seu direito lesado, resultando sempre excessivo, pois que a agência judicial também tolere que se use ainda mais a vítima, infligindo-lhe um sofrimento com a intervenção do poder do sistema penal contra sua vontade.⁷⁴

Inadequado seria deixar de mencionar a contribuição que Alessandro Baratta oferece dentro da construção de um direito penal de mínima intervenção. Dentro das decorrências positivas e dos limites teóricos e ideológicos da criminologia liberal contemporânea emergem, no âmbito da criminologia crítica, quatro indicações estratégicas para a elaboração e desenvolvimento de uma política criminal que adote o ponto de vista das camadas sociais subalternas. Em primeiro momento, devem propugnar por uma redução drástica dos níveis de violência no que concerne a intervenção do sistema penal, sem, contudo, deixar de utilizar deste instrumento em zonas de grave nocividade social, principalmente, naquelas condutas que resultem muito danosa a estas classes, como a

⁷³ ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2005. p. 238.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 242.

criminalidade econômica, criminalidade política dos detentores de poder e criminalidade organizada.

Tendo por fundo uma interpretação da sociedade dividida em classes, ou seja, estruturada na ordem capitalista entre a classe dominante e as classes subalternas. Os crimes perpetrados pela classe dominante, isto é, aqueles ligados à criminalidade econômica, criminalidade dos detentores de poder e grande criminalidade organizada, são estudados à luz da relação funcional que ocorre entre os processos legais e ilegais da acumulação e da circulação do capital e entre estes processos e a esfera pública. Por outro lado, os crimes cometidos pelas classes subalternas, clientela principal dos atuais sistemas penais, quando analisados à luz das estatísticas percebe-se que em sua maioria são destinados a crimes contra o patrimônio e, deste modo, pode-se observar no crime uma resposta individual e não politizadas das classes sociais baixas.⁷⁵

A segunda estratégia de uma política criminal alternativa relaciona-se com a ideia de utilização alternativa do direito e de estratégias de despenalização radical de algumas condutas que não ofendam bens jurídicos fundamentais.

Na perspectiva do uso alternativo do direito, enfatiza-se, sobretudo, que o direito penal pode se estabelecer enquanto instrumento idôneo para o enfretamento de condutas indesejadas em espaços de interesse essencial para a vida dos indivíduos em comunidade, áreas como a saúde, a segurança no trabalho, a integridade ecológica a atenção das instituições responsáveis pela seleção e criminalização de condutas que tende, portanto, a apontar sua reação para a criminalidade econômica, a criminalidade dos órgãos estatais e a criminalidade organizada. Não se negligência que mesmo nestas áreas os meios alternativos de controle possam restar mais eficazes.⁷⁶

No que diz respeito à estratégia da despenalização:

[...] significa, também, a substituição das sanções penais por formas de controle legal não estigmatizantes (sanções administrativas, ou civis) e, mais ainda, o encaminhamento de processos alternativos de socialização do controle do desvio e de privatização dos conflitos, nas hipóteses em que isso seja possível e oportuno.⁷⁷

Diante da total falácia das teorias da pena e das instituições penais, tendo em vista as poucas consequências no que concerne a reinserção do condenado, bem como a

⁷⁵ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 200.

⁷⁶ Ibid., p. 202.

⁷⁷ Ibid.

estigmatização e o rompimento das relações sociais que a privação da liberdade ocasiona a estratégia de uma política criminal alternativa, não pode ser outra se não a total abolição do cárcere enquanto instituição precípua e única na tentativa de contenção da violência.

O caminho propugnado se dá em diferentes frentes e se estabelece em diversas etapas na aproximação deste objetivo, qual seja a abolição do cárcere. Para tanto, consigna estabelecer o alargamento dos sistemas de medidas alternativas, ampliação das formas de suspensão condicional da pena e da liberdade condicional, ampliação do rol de crimes apenados com o regime de semiliberdade e, principalmente, uma nova concepção do entrelaçamento existente entre o cárcere e a sociedade de forma diferente do mito burguês estabelecido entre reeducação e reinserção social. Além desse fator, é válido lembrar que se o crime das classes subalternas é normalmente expressão de uma reação individual e egoística, sem qualquer consciência das contradições que opera a sociedade é necessário romper e politizar as ações com discurso próprio.⁷⁸

Por fim, no âmbito destas estratégias, é necessário estabelecer um diálogo com a opinião pública e levar em consideração os processos ideológicos e psicológicos que legitimam e sustentam o discurso jurídico penal desigual e seletivo que tem nas atitudes das classes subalternas a preferência da seletividade do sistema penal tanto em nível de criminalização primária quanto a criminalização secundária.

A maximização do direito penal normalmente é fruto de uma estratégia das classes dominantes aliada a espetacularização dos crimes nos meios de comunicação que ao veicularem notícias sobre determinados crimes, incutem e transformam o sentimento de que o recrudescimento penal é uma resposta esperada e cobrada pela sociedade, que na ânsia por condições de vida digna, compram esse discurso como alternativa para uma vida melhor. Em consequência desse fato temos um:

Discurso tranquilizador sem qualquer eficácia que é dirigido especialmente às massas populares como forma de desviar a atenção dos problemas econômicos e sociais. Manifesta-se, o Direito simbólico, pelo Movimento Lei e Ordem, criando a falsa ideia de que tudo está bem e da falsa impressão de segurança, permitindo, assim, um recrudescimento das penas, sem a necessária redução da criminalidade.

Este modelo simbólico funciona apenas para alguns, separando os indivíduos em categorias: a daqueles que detém o poder e a daqueles que se submetem ao poder. Ele possibilita disseminar nas pessoas o tabu de que nós não praticamos crimes e de que o criminoso é o outro, estigmatizando uma classe social. Estabelece-se, assim, o binômio amigo/inimigo justificando a

⁷⁸ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 204.

imposição de um tratamento segregador, desigual e desumano, efeito extremamente perverso do Direito Penal.⁷⁹

É de grande importância essa estratégia para uma política criminal alternativa, visto que não é desconhecida a utilização do discurso vitimológico para colaborar para o recrudescimento e maior controle das agências sociais de controle social. Esses discursos ao propugnarem maior atenção às vítimas acabam, por vezes, ensejando uma atividade de maior controle punitivo em claro descompasso com as aspirações abolicionistas e minimalistas.

O professor, Alessandro Baratta, em artigo intitulado: “Princípios do direito penal mínimo.”⁸⁰ procura oferecer continuidade à construção do sistema de mínima intervenção penal.

Essa construção é estribada na adoção de um ponto de vista interno, os chamado princípios intrassistemáticos que indicam os requisitos para a introdução e a manutenção de figuras típicas na legislação penal. Por seu turno, outro o ponto de vista externo ao direito penal, denominados princípios extrassistemáticos, que se referem a critérios políticos e metodológicos para a descriminalização e para a construção dos conflitos e dos problemas sociais, em uma forma alternativa, ou seja, fora do sistema penal.

Seria exaustivo demonstrar todos os princípios intrassistemáticos, motivo pelo qual abordar-se-á somente aqueles que parecem mais importantes tendo em vista nossa preocupação de fundamentar a inclusão da vítima no âmbito de um direito penal mínimo, a partir de seu empoderamento no domínio das alternativas para resolução dos conflitos sociais.

Resumidamente, podem-se compreender os princípios para uma intervenção mínima como os princípios intrassistemáticos e mínima intervenção penal, que podem ser classificados em três grupos: princípios de limitação formal; princípios de limitação funcional; e, princípios de limitação pessoal ou de limitação da responsabilidade penal.

Os princípios de limitação formal podem ser enunciados da seguinte maneira: princípio da reserva da lei ou princípio da legalidade em sentido estrito; princípio da taxatividade; princípio da irretroatividade; princípio do primado da lei penal substancial; e, princípio da representação popular;

⁷⁹ FREITAS, Marisa Helena D' Arbo Alves de. O direito penal simbólico e o engodo da segurança pública. In: BORGES, Paulo César Córrea. (Org.). **Leituras de um realismo jurídico-penal marginal**. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2013. p. 83.

⁸⁰ BARATTA, Alessandro. Princípios do direito penal mínimo: para uma teoria dos direitos humanos como objeto e limite da lei penal. **Doctrina Penal: Teoria e Prática em las Ciências Penais**, Buenos Aires: ano 10, n. 87, p. 623-650, 1987.

Os princípios de limitação funcional são os seguintes: princípio da resposta não contingente; princípio da proporcionalidade abstrata; princípio da idoneidade; princípio da subsidiariedade; princípio da proporcionalidade concreta ou princípio de adequação do custo social; princípio de implementação administrativa da lei; princípio do respeito pelas autonomias culturais; e, princípio do primado da vítima.

Por fim, os princípios gerais de limitação pessoal ou princípios limitativos da responsabilidade penal que são os seguintes: princípio da imputação pessoal ou princípio da personalidade; princípio da responsabilidade pelo fato; e, princípio da exigibilidade social.

Ao lado dos princípios intrassistemáticos tem-se os princípios extrassistemáticos da mínima intervenção penal, que podem ser divididos em dois grupos: princípios extrassistemáticos de descriminalização e princípios metodológicos da construção alternativa dos conflitos e dos problemas sociais.

Os princípios extrassistemáticos de descriminalização são: O princípio da não intervenção útil; princípio da privatização dos conflitos; princípio da politização dos conflitos e o princípio da preservação das garantias formais;

O princípio da preservação das garantias formais exige que, em caso de deslocamento dos conflitos fora do campo da intervenção penal para outras áreas do controle social institucional ou comunitário, a posição dos sujeitos não seja reconduzida a um regime de menores garantias em relação aquele formalmente previsto pelo direito penal. Formulando esse princípio, dá-se resposta aos argumentos que, amiúde, utilizam-se contra a descriminalização e que consistem em acentuar os riscos que derivariam, por exemplo, do deslocamento de matérias penais para formas de controle administrativo. Utilizando essa espécie de argumento, pretende-se afirmar uma prerrogativa do direito penal que procuraria garantir mais extensas aos sujeitos e maior transparência aos conflitos. Porém, essas prerrogativas do direito penal não são confirmadas pela realidade. Por outro lado, a exigência de garantias e transparências pode ser satisfeita em cada uma das áreas de intervenção não penal, conforme a sua natureza específica, sempre que exista a vontade e a força política necessárias e uma imaginação sociológica adequada às exigências de uma política emancipadora e inovadora do direito.⁸¹

O princípio da privatização dos conflitos e o princípio da politização dos conflitos podem aparentemente parecer conceitos paradoxais, porém, são complementares à sistematização de uma mínima intervenção penal. O primeiro tem por referência o tema da reapropriação dos conflitos pelos diretamente envolvidos, considerando a possibilidade de substituição ainda que parcial do aparato judiciário em detrimento de formas que tenham por

⁸¹ BARATTA, Alessandro. Princípios do direito penal mínimo: para uma teoria dos direitos humanos como objeto e limite da lei penal. **Doctrina Penal: Teoria e Prática em las Ciências Penais**, Buenos Aires: ano 10, n. 87, p. 638, 1987.

escopo: a composição, acordos, e a reconciliação no marco das instancias formais e ou comunitárias. Exemplo desse fato poderia ser compreendido como o modelo restaurativo de justiça. Entrementes, a politização dos conflitos restaria enquanto possibilidade de trazer a determinadas condutas suas reais conotações políticas, como a questão dos serviços secretos dos países e direitos fundamentais da personalidade.⁸²

Já os princípios metodológicos da construção alternativa dos conflitos e dos problemas sociais, são de enorme valia quando pensa-se que estes podem estabelecer lineamentos para a adoção de mecanismo de solução dos conflitos que ultrapassem os limites dos modelos decisórios. Deste modo, aludem à liberação para a reflexão sociológica e política a respeito da “cultura do penal”, que colonizou amplamente o modo de perceber e de construir os conflitos e os problemas sociais na sociedade. Esses princípios, portanto, podem ampliar o horizonte dos modos pelos quais a “cultura do penal” fez crer ser a única capaz de por “termo” aos conflitos.⁸³

Esses princípios tem a função de enfrentar, por contraste, a reificação dos conceitos de criminalidade e da pena, propiciando uma visão inovadora e diferenciada dos conflitos e dos problemas sociais. Entre estes princípios, destacam-se: o princípio da subtração metodológica dos conceitos de criminalidade e de pena; princípio geral de prevenção; princípio da articulação autônoma dos conflitos e das necessidades reais e o princípio de não especificação dos conflitos e dos problemas.

Esse último princípio interessa na medida em que especifica a heterogeneidade dos conflitos que estão sobre a tutela do sistema penal. Quer dizer que é descabida a concepção de que dado todos esses conflitos oriundos dos mais diversos matizes (organização criminosa, problemas ambientais, injúrias, crimes contra organização do trabalho, pequenos furtos etc) podem ser resolvidos pela mesma receita, qual seja, a sistema punitivo. Interpõe-se que se hipoteticamente se pudesse prescindir do sistema de resposta punitivo no seio dos problemas e na busca de solução poderiam surgir soluções mais adequadas a cada conflito, mormente soluções menos punitivas.

A abordagem aqui realizada possibilita, com muita segurança, afirmar que de fato há um referencial teórico no âmbito da criminologia, pelo menos desde o recorte proporcionado pela teoria do *labeling approach* que nos instiga a procurar uma abordagem da vítima no processo penal que esteja de acordo com algumas contribuições abolicionistas e, sobretudo de um direito penal mínimo.

⁸² BARATTA, Alessandro. Princípios do direito penal mínimo: para uma teoria dos direitos humanos como objeto e limite da lei penal. **Doctrina Penal: Teoria e Prática em las Ciências Penais**, Buenos Aires: ano 10, n. 87, p. 642, 1987.

⁸³ Ibid., p. 649.

3.1.2 Fundamentações filosóficas

Indiscutivelmente, a fundamentação sobre a participação da vítima no processo penal abrangerá a análise, ainda que superficial, da chamada Escola de Frankfurt, principalmente sobre a visão de Jurgen Habermas e sua teoria do agir comunicativo. Contudo, antes é necessário compreender o pensamento que o próprio Habermas tenta superar, ou ao menos avançar, isto é, o pensamento de seus antecessores na Escola de Frankfurt. Entre os principais pensadores desta escola, destacam-se Theodor Adorno, Max Horkheimer, Walter Benjamin, Erich Fromm, Herbert Marcuse e Jurgen Habermas.⁸⁴

Esses autores são responsáveis por desenvolver uma corrente filosófica que ao pensar a sociedade a respeito de diversos aspectos elaboraram um pensamento que ficou conhecido como Teoria Crítica, que logo irradiou sua influência nos mais diversos campos dos saberes, inclusive do saber jurídico.

Partindo-se da noção de crise desenvolvida na seção anterior, ou seja, que a crise que atinge o sistema punitivo não é somente uma crise ocasionada pelas chamadas legislações emergenciais, crise ocasionada pela inflação legislativa, crise de superlotação de processos nas varas criminais, mas também e, sobretudo, uma crise de legitimidade do sistema punitivo.

E que em certa medida pode-se creditar essa crise como consequência das promessas não realizadas pelo ideário iluminista, este, enquanto sistema filosófico sob o qual foi construído o sistema punitivo, teve como consequências operar sobre a égide de uma dada racionalidade, sustentáculo para o desenvolvimento do direito penal, do processo penal, enfim de todo o sistema punitivo moderno.

Diversos são os fatores que podem ser agrupados para elencar a ideia de triunfo da razão iluminista, contudo, a investigação de tais fatos extrapolaria os limites e objetivos da presente dissertação. O iluminismo desenvolveu-se tendo base valores fundamentais como: a igualdade jurídica, liberdade pessoal, propriedade privada, tolerância religiosa etc. O iluminismo possibilitou a crença de que a razão, a ciência, a tecnologia poderiam impulsionar toda a evolução da humanidade, tendo por meta a melhoria das condições de vida de todos os seres humanos. A razão iluminista é atrelada inicialmente ao desenvolvimento do capitalismo, ainda na sua forma mercantil e na Revolução Industrial. Nesse sentido, o iluminismo pretendia livrar os homens da dominação dos mitos, livrar o mundo da magia e de todos os traços de absolutismos que impedissem o livre desenvolvimento do ser humano.

⁸⁴ Para uma compreensão inicial sobre estes teóricos ver: BRONNER, Eric Stephen. **Da teoria crítica e seus teóricos**. Campinas: Papyrus, 1997.

O iluminismo enxertou na razão prática da humanidade a crença de que as atitudes humanas poderiam ficar vinculadas à calculabilidade das ações.

[...] o iluminismo combateu a pretensão à verdade dos universais, como superstição. Ele julga ver ainda, na autoridade dos conceitos universais, o medo dos demônios, por meio de cujas imagens os homens procuravam, no ritual mágico, influir na natureza. A partir de agora a matéria deverá finalmente ser dominada sem apelo a forças ilusórias que a governem ou que nela habitem, sem apelo a propriedades ocultas. O que não se ajusta às medidas da calculabilidade e da utilidade é suspeito para o iluminismo.⁸⁵

Os autores frankfurtianos, diga-se, principalmente Adorno e Horkheimer identificaram que a racionalidade tão festejada pelos iluministas acabou por torna-se uma racionalidade instrumental. O pensamento destes pode ser observado nas obras: “Dialética do esclarecimento”, texto elaborado pelos dois autores, e “Eclipse da razão”, de autoria de Horkheimer, ambos escritos no período após o término da Segunda Guerra Mundial. É elucidador o fato de que os textos tenham sido redigidos pós Segunda Guerra Mundial, período no qual o capitalismo se despiu de todas as suas vestes e mostrou sua face mais totalitária.

Identificam os autores citados que na busca de estabelecer uma razão e, por conseguinte, a crença no progresso ilimitado da ciência, a razão iluminista acabou por instrumentalizar-se, ou seja, a razão iluminista que tinha por meta a emancipação dos homens e o progresso social terminou por ocasionar uma maior dominação das pessoas principalmente o desenvolvimento tecnológico e industrial que ao buscar a dominação da natureza também acabou por dominar o próprio ser humano. Para estes autores a razão se torna uma ferramenta, um mero instrumento auxiliar do aparato econômico.

O projeto iluminista foi responsável por estimular essa razão instrumental e controladora. No texto, “Dialética do esclarecimento”, os autores realizam pesada crítica ao iluminismo denunciando a morte da razão crítica, o anestesiamento das consciências individuais e a reificação das pessoas que se encontram totalmente regidas pelas relações de produção capitalista.

A grande consequência da denúncia que estes autores fazem é a desesperança em qualquer possibilidade de transformação desta realidade, uma vez que o trabalhador de uma

⁸⁵ ADORNO, Theodor W. Conceito de esclarecimento. In: _____. **Textos escolhidos**. São Paulo: Nova Cultural, 1999. (Os pensadores). p. 18.

maneira geral encontra-se passivo, anestesiado em verdadeiro estado de alienação. Esse quadro de passividade pode ser compreendido pela promoção da chamada indústria cultural.⁸⁶

Contrapondo a ideia de morte da razão crítica, Habermas elabora sua Teoria da Ação Comunicativa, na qual propõe um novo conceito de razão: a razão comunicativa.

A Teoria do Agir Comunicativo ocupa-se em identificar e propor modelos de fala que produzam resultados mais justos, que promovam o bem comum de todos os envolvidos no processo, e que sejam pautados pelo critério da conformidade normativa. Para tanto propõe Habermas uma modalidade de coordenação do processo de comunicação dirigido por atos ilocucionários orientados ao acordo num agir comunicativo forte. A aplicação da teoria permite traçar postulados de racionalidade, tais como clareza linguística e conceitual; compartilhamento acerca da questão prática em debate; resultados práticos universalizáveis; e abertura a opiniões e concepções diferentes. Estes objetivos são realizados apenas de forma aproximativa, ou seja, eles devem ser perseguidos dentro de procedimentos regidos por regras.⁸⁷

Para aqueles que aceitam a Teoria Discursiva e o Agir Comunicativo no âmbito do Processo Penal tendo por base a negociação e a diversificação, esse seria o *locus* onde se realizaria uma comunicação ideal entre os participantes do processo. Para essa comunicação ideal ocorrer parte-se do pressuposto de que:

- (1) Todos os potenciais participantes do discurso devem dispor de igual chance de proferir atos de fala, de modo tal que tenham a oportunidade de levantar questões e fornecer respostas de maneira livre.
- (2) Todos devem possuir igualdade de oportunidades de realizar interpretações, afirmações, sugestões, esclarecimentos e justificações, assim como problematizar as pretensões de validade das mesmas, de tal modo que nenhuma forma de preconceito permaneça imune a críticas.
- (3) São admitidos no discurso racional apenas os falantes, que enquanto agentes possuam igual oportunidade de aplicar atos de fala, ou seja, de expressar suas posições, sentimentos e intenções.
- (4) São admitidos no discurso racional somente os falantes que, enquanto agentes possam realizar atos de fala regulativos, ou seja, de dar e recusar ordens, permitir e proibir, etc.⁸⁸

Segundo Habermas: a racionalidade comunicacional, ou o agir comunicativo pode ser compreendido a partir da:

⁸⁶ Para maiores detalhes sobre a indústria cultural e as massas vide: ADORNO, Theodor W. **Indústria cultural e sociedade**. 4. ed. São Paulo: Paz e Terra: Graal, 2002.

⁸⁷ CARDOSO, Henrique Ribeiro. **Proporcionalidade e argumentação**: a teoria de Robert Alexy e seus pressupostos filosóficos. Curitiba: Juruá, 2009. p. 24.

⁸⁸ SEGATO, Antonio Ianni. A tensão entre a facticidade e validade. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo. (Org.). **Direito e democracia**: um guia de leitura de Habermas. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 141

Por "racionalidade" entendemos, antes de tudo, a disposição dos sujeitos capazes de falar e de agir para adquirir e aplicar um saber falível. Enquanto os conceitos básicos da filosofia da consciência obrigarem a compreender o saber exclusivamente como um saber sobre algo no mundo objetivo, a racionalidade é medida pela maneira como o sujeito solitário se orienta pelos conteúdos de suas representações e de seus enunciados. A razão centrada no sujeito encontra (seus critérios) padrões de verdade e êxito, que regulam as relações do sujeito que conhece e age segundo fins com o mundo de objetos ou estado de coisas possíveis. Em contrapartida, assim que concebemos o saber como algo mediado pela comunicação, a racionalidade encontra sua medida na capacidade de os participantes responsáveis da interação orientarem-se pelas pretensões de validade que estão assentadas no reconhecimento intersubjetivo. A razão comunicativa encontra seus critérios nos procedimentos argumentativos de desempenho diretos ou indiretos das pretensões de verdade proposicional, justeza normativa, veracidade subjetiva e adequação estética.

Portanto, o que é possível demonstrar na interdependência das diferentes formas de argumentação, ou seja, com os meios de uma lógica pragmática da argumentação, e um conceito processual de racionalidade que, ao incluir a dimensão prática moral assim como a estética-expressiva, é mais rico que o da racionalidade com respeito a fins, moldada para a dimensão cognitivo-instrumental. Esse conceito é a explícita, ao do potencial da razão ancorado na base de validade do discurso. Essa racionalidade comunicativa lembra as mais antigas representações do logos, na medida em que comporta as conotações da capacidade que tem um discurso de unificar sem coerção e instituir um consenso no qual os participantes superam suas concepções inicialmente subjetivas e parciais em favor de um acordo racionalmente motivado. A razão comunicativa manifesta-se em uma compreensão descentrada do mundo.⁸⁹

A ideia de trazer o discurso filosófico habermesiano para a dogmática jurídico penal tem encontrado algumas objeções até certo ponto compreensíveis. A primeira refere-se ao fato de que o paradigma filosófico da comunicação possa ser uma negação de todas as conquistas do modelo de racionalidade do iluminista. Nesse aspecto, é necessário lembrar que Habermas não concorda com as conclusões de Adorno e Horkheimer no que concerne a morte da razão crítica; pelo contrário em seu texto intitulado "Modernidade versus pós-modernidade", alude ao risco desta atitude uma vez que tal posicionamento ocasionaria uma negação da razão, que ao fim e ao cabo, levaria ao irracionalismo.

Portanto, Habermas coloca-se como um filósofo racionalista que busca no âmbito de sua filosofia a realização do projeto da modernidade⁹⁰. Nesse sentido, Habermas tenta retomar o projeto frankfurtiano de emancipação da sociedade, porém o faz dando ênfase a novas bases epistemológicas. Se para outros frankfurtianos categorias como o trabalho e a luta de classes

⁸⁹ HABERMAS, Jürgen. **O discurso filosófico da modernidade**. Tradução de Luiz Sergio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 437.

⁹⁰ Diferente de Adorno que enxerga somente na teoria estética o único modo de expressão autêntico capaz de combater a narcotização da razão instrumental, de forma a elaborar qualquer crítica à sociedade atual.

seriam os agentes da transformação social, Habermas tenta demonstrar que tais categorias podem encontrar-se dentro de novos horizontes. Esses horizontes correspondem em sua vasta obra na análise realizada dentre as categorias: razão, verdade e democracia.

Pode-se verificar que as consequências do pensamento habermesiano sobre questões como a verdade e a democracia procedem especialmente de sua compreensão acerca do fenômeno da razão. Sobre a questão da democracia e sua influência será focado no próximo capítulo; já, quanto à questão da verdade, esta, será depreendida do conceito de razão dialógica esboçado por este autor.

Além desse fator argumenta-se que o modelo habermesiano não se aplicaria ao direito penal e nem mesmo ao processo penal, uma vez que se tratando de um conceito filosófico não encontraria ressonância no âmbito das ciências jurídicas. Ora, quanto a tal aspecto, cabe lembrar que a filosofia iluminista e seus autores, como John Locke, Thomas Hobbes, Voltaire, Rousseau etc exerceram forte influência no direito penal e que, tal como Cesare Beccaria, ao seu tempo, elaborou um pensamento penal, sob o influxo da filosofia iluminista, sobretudo sob a influência do pensamento contratualista de Rousseau. Cabe talvez, atualmente, aproveitar-se novamente de novos impulsos da filosofia de modo que o sistema penal atual seja permeado por valores da filosofia.

Ainda nesse sentido, é necessário frisar que o atual construtor do direito esteja suficientemente capaz de; a partir de um dado conhecimento da filosofia elaborar as implicações para a ciência jurídica, no presente caso, ordenar, verificar as consequências, benefícios e malefícios da abordagem comunicacional do processo penal.

Quanto à oposição de que o processo penal não comportaria as condições necessárias para acontecer um diálogo entre as partes envolvidas é necessário lembrar as palavras do próprio Habermas sobre sua teoria do agir comunicativo em outros ramos do conhecimento, ao afirmar que:

Os conceitos básicos da filosofia não formam uma linguagem própria ou, pelo menos, não constituem mais um sistema capaz de tudo incorporar: eles não passam de simples meios para apropriação reconstrutiva de conhecimentos científicos. E o singular poliglotismo da filosofia, que deriva de sua competência em tornar transparentes os conceitos fundamentais, permiti-lhe descobrir coerências surpreendentes a nível metateórico. Por conseguinte, as proposições fundamentais da teoria do agir comunicativo ramificam-se em diversos universos de discurso e contextos de argumentação nos quais elas têm que comprovar-se.⁹¹

⁹¹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre faticidade e validade**. 2. ed. Tradução de: De Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1. p. 9.

Por ora, a breve introdução ao pensamento habermesiano serve para demonstrar que o sistema penal pode ser pensado fora da racionalidade instrumental. Deste modo, a teoria do agir comunicativo ainda que não seja cunhada dentro do sistema penal, ela pode influir neste, uma vez que o sistema penal é um subsistema no qual estão ligadas todas as ciências humanas. Ao final da seção seguinte voltar-se-á a abordar as divergências entre racionalidade instrumental e racionalidade comunicativa, pensando-as dentro do sistema penal.

3.2 Instrumentalidade garantista (insuficiência)

Dado uma premente honestidade acadêmica não se pode mais continuar a fundamentar a participação da vítima no âmbito de um processo penal sem antes esclarecer que uma parte muito expressiva da doutrina tem-se colocado contra qualquer forma de participação desta naquele procedimento.

Nesse diapasão, alguns autores, de forma bastante contundente, colocam-se contrários a qualquer forma de consenso, mediação e oportunidade no processo penal. Entre essas obras destacam-se principalmente a obra coletiva “Diálogos Sobre a Justiça Dialogal: Teses e Antíteses sobre os Processos de Informalização e Privatização da Justiça Penal”. Outra obra bastante importante é a de Aury Lopes Junior “Introdução Crítica ao Processo Penal - Fundamentos da instrumentalidade Garantista”.

De uma maneira geral esses autores criticam o processo penal mais participativo, no qual a vítima possa atuar e não ser, meramente, elemento de prova ou de *notitia criminis*.

Luigi Ferrajoli, principal representante de uma linha de raciocínio dos que criticam tenazmente os modelos consensuais e a inclusão da vítima no processo penal, em sua obra *Direito e Razão* postula que:

[...] a prática do acordo ou da transação pode produzir uma grave perversão burocrática e policialesca de uma boa parte da justiça penal, e transformar o juízo em um luxo reservado àqueles quantos dispostos a afrontar as despesas e os riscos, e que o processo possa reduzir-se a um jogo de azar no qual o imputado, embora inocente, é colocado diante de uma escolha entre a condenação a uma pena reduzida e o risco de um juízo ordinário que pode concluir-se com a absolvição, mas, também com uma pena enormemente mais alta.⁹²

Em outra passagem afirma o autor que “A transação penal, de fato, não encontra outro fundamento senão o de um escambo perverso.” Contudo, o próprio autor acaba, ainda que de

⁹² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*. São Paulo: Ed. Revistas dos Tribunais, 2010. p. 690-691.

forma tímida, por aceitar em parte algumas das propostas que muitos dos adeptos de seu pensamento acabam por rejeitar de forma veemente.⁹³

A teoria garantista, em um primeiro momento, ficaria resguardada a uma teoria voltada para as ciências criminais e somente posteriormente teve a pretensão de arvorar-se para uma teoria dos direitos fundamentais.

A definição da palavra garantismo evoca ao menos três significados.⁹⁴ No primeiro deles pode ser entendido, dentro de um modelo normativo de direito e no que concerne ao direito penal, um modelo de estrita legalidade, próprio do Estado de direito, caracterizando-se no plano epistemológico como um sistema cognitivo ou de poder mínimo; no plano político como técnica adequada a minimizar a violência e a maximizar a liberdade; e, no plano jurídico estabelece-se como preceitos impostos à função punitiva do Estado em garantia aos cidadãos.

Um segundo significado para o termo garantismo pode ser dado dentro de uma acepção que designa uma teoria jurídica da validade e efetividade como categorias distintas não só entre si, mas também, pela existência de normas. Deste modo, põe-se em evidência a distinção entre o “ser” e o “deve ser” no direito, ou seja, localiza-se uma divergência entre o modelo garantista preconizado e a prática operacional deste modelo. Nesses termos, Luigi Ferrajoli alerta que:

Em contraste com as imagens edificantes dos sistemas jurídicos oferecidas a partir de suas representações normativas, e com a confiança *a priori* difusa da ciência jurídica na coerência entre normatividade e a efetividade, a perspectiva garantista requer, ao contrário, a dúvida, o espírito crítico e a incerteza permanente sobre a validade das leis e de suas aplicações e, ainda, a consciência do caráter em larga medida ideal – e, em todo caso não realizado e a realizar – de suas mesmas fontes de legitimação jurídica.⁹⁵

Em um terceiro significado, a palavra garantismo pode ser adotada enquanto filosofia política que requer do Direito e do Estado o ônus da justificação externa com base nos bens e nos interesses dos quais a tutela ou garantia constituem sua finalidade. Neste último sentido, o garantismo pressupõe a doutrina laica da separação entre direito e moral, entre validade e justiça, entre o ponto de vista interno e o ponto de vista externo na valoração do ordenamento, ou mesmo entre o “ser” e o “deve ser” do direito.

⁹³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. São Paulo: Ed. Revistas dos Tribunais, 2010. p. 694. O referido autor assume a possibilidade de algumas dessas modificações tendo-as como estratégia para voos maiores.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 785 et seq.

⁹⁵ *Ibid.*, p. 787.

No direito penal, o sistema garantista pode ser expresso em dez (10) axiomas assentados dentro de um modelo-limite, apenas tendencialmente e jamais perfeitamente satisfazível.

Esses axiomas⁹⁶ são expressos nos seguintes termos: são garantias penais o axioma *nulla poena sine crimine* (A1) denominada como princípio da retributividade; *nullum crimen sine lege* (A2) intitulada como princípio da legalidade em sentido lato ou estrito; *nulla lex (poenalis) sine necessitate* (A3) chamada de princípio da necessidade ou economia do direito penal; *nulla necessitas sine iniuria* (A4) traduzida pelo princípio da lesividade ou ofensividade do ato; *nulla iniuria sine actione* (A5) que corresponde à materialidade ou exterioridade da ação; e *nulla actio sine culpa* (A6), que indica o princípio da culpabilidade ou responsabilidade pessoal.

As garantias processuais, por seu turno, são compostas pela *nulla culpa sine iudicio* (A7) que reveste o princípio da jurisdicionariedade em sentido lato ou estrito; pela *nullum iudicium sine accusatione* (A8) que denota o princípio acusatório ou da separação do juiz e acusação; pela *nulla accusatio sine probatione* (A9) que consiste no princípio ônus da prova ou da verificação e, por fim, pela *nulla probatio sine defensione* (A10) que enuncia o princípio do contraditório, também conhecido como da defesa ou da falseabilidade.

São a partir destas premissas garantistas que tem se construído uma corrente contrária à intervenção da vítima no processo penal, diga-se principalmente na intervenção desta dentro da chamada justiça consensual. Não será aqui trado de toda a crítica ao sistema de justiça negocial, uma vez que estas serão objeto de análises quando da elaboração dos institutos, mormente criticados⁹⁷. Falar-se-á somente das críticas de uma maneira genérica.

Para Aury Lopes, a lógica do consenso viola a garantia da inderrogabilidade do juízo conduzindo ao afastamento do Estado-Juiz das relações sociais fazendo do juiz mero espectador do conflito penal. Afirma, ainda, que a violência da pena não passa mais pelo controle jurisdicional e tampouco se submete aos limites da legalidade, tendo o Ministério Público toda a discricionariedade para decidir a respeito da pena. O supracitado autor realiza uma leitura de que o modelo do consenso é na verdade uma receita neoliberal e, portanto, dentro de uma minimização do Estado estaria dentro desta lógica a minimização do direito penal e do processo penal.⁹⁸

⁹⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. São Paulo: Ed. Revistas dos Tribunais, 2010. p. 91.

⁹⁷ São aqueles introduzidos pela Lei n. 9.095/95.

⁹⁸ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 994 et seq.

A discussão sobre a introdução do modelo consensual e a negativa sobre a adoção deste modelo pelos garantista gravita entorno do confronto existente entre o processo penal e uma interpretação destes direitos e garantias fundamentais conquistadas historicamente contra o arbítrio do Estado.

Comumente a discussão acerca do consenso na justiça penal é levada tendo por consequências a crítica à autonomia de vontade do acusado e seu poder de disposição. E nesse sentido, ataca-se a via do consenso censurando a ideia de uma verdade consensual em detrimento da verdade material, critica-se a mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal, o afastamento do juiz, bem como a mercantilização do direito processual penal. Na medida do possível durante a fundamentação criminológica foi demonstrado argumentos que repreendem essa lógica de pensamento que estabelece a mercantilização como consequência única e nos próximos capítulos iremos responder aos outros questionamentos.

Insiste o próprio Luigi Ferrajoli que a teoria garantista tem o defeito de corresponder a um modelo limite, largamente idealista, visto que de fato nunca será realizado. É um modelo de aproximação que deve chegar ao mais próximo possível do ideal.⁹⁹

E nesse sentido, o autor acaba por constituir modelos de processo penal contrários ao sistema garantista que é estabelecido quando em grau máximo é composto pelos dez axiomas acima expostos. Ferrajoli após ponderar sobre a efetividade do sistema garantista e a negação dos axiomas, estabelece alguns modelos de sistemas antigarantista.

Os sistemas de controle antigarantista podem ser: o social-selvagem, aquele descrito nos ordenamentos arcaicos, baseados na lei do mais forte, na proporcionalidade da lei de talião; estatal-selvagem, consentâneo nos ordenamentos despóticos antigos e nos modernos autoritários, em que a pena é imposta de acordo com os interesses de quem a comina, típico dos estados autoritários nos quais não existe separação dos poderes; social-disciplinador, próprio de comunidades moralistas ou ideologizadas, que jugulam o indivíduo por atos de sua vida privada, ou cedem por justiciamentos dado às pressões coletivas. Por último o modelo estatal-disciplinar, produto tipicamente moderno, qualificado pelo desenvolvimento de funções preventivas de polícia e da segurança pública e de utilização exacerbada de táticas de prevenção geral no âmbito do ordenamento jurídico.¹⁰⁰

⁹⁹ Cf. FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. 3. ed. São Paulo: Ed. Revistas dos Tribunais, 2010. p. 42.

¹⁰⁰ Ibid., p. 643 et seq.

Se ponderarmos, por exemplo, sobre a perspectiva de inclusão da vítima no âmbito do modelo de justiça consensual, tendo como recorte exemplificativo o modelo de justiça restaurativa veremos que este não se enquadra dentro de qualquer modelo antigarantista.¹⁰¹

Fala-se aqui do modelo de justiça restaurativo tendo em vista que este talvez seja a experiência mais avançadas nas legislações da atualidade, adotado, ainda que de forma incipiente, no âmbito de alguns projetos pilotos no Brasil e em outros lugares do globo.

O modelo garantista tem na sua essência a crença de que a pena pode cumprir seus objetivos, pelo menos o de prevenção de delitos. Não se importa essa construção teórica, que possa existir outros meios menos aflitivos, em outras palavras, esta teoria não admite a solução dos conflitos por meios alternativos. Muito mais, não concorda com o fato de que outros meios de solução de conflito podem limitar e se estabelecer de forma muito mais humana que a aflição e aplicação de uma pena.

Com Elena Larrauri, pode-se concluir que:

Compartilhamos a preocupação de Ferrajoli de submeter o poder punitivo a estritos controles jurídicos. O único fato que me separa dele é que não creio que este objetivo deva comportar-se necessariamente dentro da legitimação do atual modelo punitivo, nem se suas justificações, nem de suas penas. Por isso pretendi em primeiro lugar, assinalar que ainda quando se aceita a doutrina justificação proposta por Ferrajoli, pode-se defender que a pena de prisão é uma pena inumana, contraria os direitos humanos. Em segundo lugar, pretendi questionar a utilidade da pena – entendida como castigo do delinquente- para evitar violências arbitrárias ou prevenir delitos. Em terceiro lugar procurei precisar que isso não implica cair na ilusão de prescindir de todo tipo de medidas coativas, mas que estas podem receber outras justificação e ser elevadas em função de sua capacidade para reparar o conflito.¹⁰²

Antonio Alberto Machado expõe que não se pode falar de um único minimalismo e sim de diversos minimalismos. Um é o minimalismo/abolicionista sociologicamente fundamentado, que não encontra aptidão para ser um simples desdobramento de uma retórica iluminista, que permite, ainda hoje, que o sistema penal atue de forma escandalosamente classista. Esse minimalismo/abolicionista tem por objetivo denunciar o uso classístico e ilegítimo do direito penal, bem como, combater a falácia estrutural das prisões. Há também

¹⁰¹ Nesse sentido: SICA, Leonardo. Justiça restaurativa: críticas e contra críticas. **Revista IOB de Direito Penal e Processo Penal**, Porto Alegre, v. 8, n. 47, p. 158-189, jan. 2008.

¹⁰² LARRARI, Elena. Criminología crítica: abolicionismo y garantismo. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, v. 1, n. 50, p. 164, 1997.

existe o minimalismo reformista que propõe reformas no direito penal visando seu uso legítimo.¹⁰³

Igualmente criticando o modelo de idealização proposto pelo minimalismo reformista, porém colocando o tom das críticas em outras razões, temos os estudos de Leonardo Sica¹⁰⁴ e Álvaro Pires.¹⁰⁵

Esses autores enfatizam o fato de que o atual sistema penal estaria ainda ancorado nas premissas estabelecidas pela razão iluminista, que como já abordado, acabou por tornar-se uma razão instrumental. Essa constatação não parece exagerada em nossa época, tal constatação é realizada a partir dos mais diversos aportes teóricos, sendo lugar comum reconhecer que a razão instrumental ou técnico-científica é a razão típica do mundo industrial.¹⁰⁶

A consequência desse modelo de razão no direito criminal pode ser sentida nos aspectos elencados, ou seja, de negação de qualquer forma de resolução do conflito que importe tirar o modelo de decisões dos conflitos dos parâmetros estabelecidos pela ciência criminal do século XVIII, no ápice das conquistas liberais burguesas. Não se trata, necessariamente, de desconstruir tudo o que foi realizado, afinal tal postura poderia levar a equívocos em futuras reflexões jurídicas que ficariam sempre atreladas em desconstruir tudo para somente depois construir algo novo. O que se pretende, portanto, por meio da crítica à abordagem filosófica (racionalidade instrumental), é obter novos caminhos para o discurso jurídico penal, tendo como pano de fundo a participação da vítima no processo penal.

Álvaro Penna Pires, propugna caminho semelhante ao demonstrar que uma reforma profunda do direito criminal, que seja ao mesmo tempo realista e humanista, enfrenta diversos obstáculos. A reforma estabelecida pelo autor parte de dois pressupostos inegáveis: o importante papel que o direito positivo desempenha na regulamentação dos conflitos sociais, mesmo que nem sempre seja a melhor solução; e, que nossa atual maneira de conhecer os

¹⁰³ MACHADO, Antonio Alberto. Minimalismo penal: retórica e realidade. In: BORGES, Paulo César Corrêa. (Org.). **Leituras de um realismo jurídico-penal marginal**. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2013. p. 99.

¹⁰⁴ Ver: SICA, Leonardo. Justiça restaurativa: críticas e contra críticas. **Revista IOB de Direito Penal e Processo Penal**, Porto Alegre, v. 8, n. 47, p. 158-189, jan. 2008.

¹⁰⁵ PIRES, Álvaro. Alguns obstáculos a uma mutação humanista do direito penal. **Sociológicas**, Porto Alegre, v. 1, n.1, p. 64-95, 1999; PIRES, Alvaro; DUBÉ, Richard. A refundação da sociedade. **TOMO: Revista do Núcleo de Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais da Universidade de Sergipe**, Aracaju, v. 1, n. 17, p. 17-37, 1999.

¹⁰⁶ Cf. LUDWIG, Celso L. **Formas da razão: racionalidade jurídica e fundamentação do direito**. 1997. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 1997. p. 165 et seq.

conflitos sociais está inserida dentro de pressupostos filosóficos, psicológicos e sociológicos inadequados para a maioria dos conflitos que os tribunais atualmente são chamados a tratar.¹⁰⁷

Dentre os obstáculos colacionados pelo autor destacam-se os vários discursos propostos pela racionalidade penal iluminista que encontram na obrigação de punir um radical em comum. Esse fato pode ser identificado em todas as teorias da pena elencadas. Deste modo, pondera-se que:

Uma das grandes novidades da época moderna no saber moral e jurídico foi então difundir a convicção de que a punição era não só um mal necessário – no sentido banal de qualquer coisa da qual, em certa medida, não se poderia prescindir – mas um “mal necessário” no sentido pleno da expressão: um mal ao qual é sempre necessário recorrer. De fato, começou a ver a punição como uma vantagem, um valor, um dever prático dos governos, até mesmo um dever moral e um dever jurídico. A punição respeitada certas condições elementares como sua inscrição em uma lei e sua aplicação por um tribunal legítimo, tornava-se um mal necessário desejado e buscado como se fosse um verdadeiro ideal a realizar.¹⁰⁸

Outro ponto focado pelo autor é o apego às chamadas garantias jurídicas que, como todo sistema complexo, compreende tanto pontos positivos como pontos negativos. Os pontos positivos não se tornam obstáculos, senão quando utilizados como pretexto para recusar alterações importantes que tenham por objetivos nítidos tornar o sistema penal menos violento, arbitrário e seletivo. É o caso da recusa em estender, por exemplo, aos delitos que envolvem patrimônio dentro dos crimes que exigiriam representação da vítima. “Em suma, pode-se renunciar à ideia de uma administração que se impõe completamente à vontade das partes em nome do bem público abstrato e incerto sem renunciar por isso a idéia de uma ação pública como acesso à justiça.”¹⁰⁹

Estabelecidas todas as considerações até agora emanadas no âmbito de uma abordagem sócio-jurídica-criminológica, bem como, uma investida dentro de uma racionalidade, que se pretende capaz de superar a racionalidade instrumental, pode-se passar para uma análise do modelo de justiça baseado no consenso que perpassa à órbita da compreensão do fenômeno da vítima no processo penal.

¹⁰⁷ PIRES, Álvaro. Alguns obstáculos a uma mutação humanista do direito penal. **Sociológicas**, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 64, 1999.

¹⁰⁸ Ibid., p. 81.

¹⁰⁹ Ibid., p. 85.

4 JUSTIÇA CONSENSUAL E VITIMOLOGIA

4.1 Diversificação e o Princípio da Oportunidade

É oportuno antes de identificar o que se entende pelo princípio da oportunidade explanar sobre a sua diferenciação, ao menos em um plano teórico, de outras abordagens que ao incluir na pauta a questão da vítima visando uma intervenção mínima do sistema penal se revelam importantes. Nesse sentido, a diferenciação de alguns termos e conceitos se coloca premente neste momento.

Dentro das diferentes bases para a realização de um direito penal de mínima intervenção os mais variados processos podem ser colocados ao lado do modelo consensual, como os processos de descriminalização, a despenalização e a diversificação.

O primeiro destes conceitos a ser esclarecido é a descriminalização, entendendo-se como retirada do rótulo que recai sobre determinada conduta criminosa, ou seja, se por criminalizar entende-se a criação de um novo tipo penal, por descriminalização compreende-se a atitude de retirar do plano punitivo a competência deste para aplicar qualquer tipo de sanção. Essa descriminalização poderá, ainda, ocorrer pela mudança de compreensão da sanção aplicada, isto é, se anteriormente determinada conduta era punida com uma pena restritiva de direito, o Estado poderá no âmbito de suas atribuições mudar de uma sanção penal para uma sanção de ordem administrativa, civil, educativa, ou mesmo determinar que em nenhuma esfera aquela conduta irá desencadear qualquer atitude do Estado.

Por penalização entende-se a reação formal do Estado frente a um ato delituoso que irá acarretar, via de regra, a aplicação de uma pena privativa de liberdade ao agente que incorrer na descrição típica de determinada lei. A despenalização consiste, por outro lado, em punir o autor desta conduta por um meio que não seja uma pena privativa de liberdade. Para tanto, lança-se mão de meios alternativos, tanto de natureza penal como processual, sem contanto retirar o caráter ilícito da conduta.

Nesse contexto, pode-se citar a Lei n. 9.099/95¹ que introduziu modernos processos despenalizadores como a composição civil, que poderá ensejar a extinção da punibilidade nos crimes de ação penal privada ou nas ações condicionadas, a representação; a transação penal, que poderá determinar a imposição de penas restritivas de direitos, multas, independente da

¹ BRASIL. Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 26 set. 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm>. Acesso em: 25 fev. 2014.

discussão acerca de culpa ou não do agente. A esses dois instrumentos somam-se, ainda, o instituto da representação como condição de procedibilidade nos delitos envolvendo lesões corporais culposas ou dolosas de natureza leve e por último a questão da suspensão condicional do processo que tem por escopo fundamental atenuar a regra da indisponibilidade da ação penal pública.

O modelo de diversão ou de diversificação reside no entendimento de que em alguns casos deve ser dada a oportunidade legal para que o processo penal seja suspenso em determinado momento, de modo que a solução do conflito seja alcançada pelos principais envolvidos no conflito e sempre que possível de forma não punitiva.

Discussão muito realizada em torno da diversificação é sobre a possibilidade do Estado retirar formalmente sua competência. Não nos parece que no atual modelo de Estado Democrático de Direito exista tal possibilidade, pois, de alguma forma o Estado deverá manter algum controle das experiências diversificadoras.

Para Raúl Cervini a “[...] diversificação na solução dos conflitos sociais é uma das ferramentas de mais urgente utilização no esforço de revisão e racionalização do Direito Penal, a fim de colocá-lo a serviço de uma maior justiça e solidariedade social.”² Corolário para adoção do modelo consensual de justiça é a utilização das formas diversionistas e do princípio da oportunidade.

Importante alerta a respeito das críticas que tentam minar uma compreensão do sistema penal calcados nessas iniciativas Zaffaroni e Pierangeli pondera que:

Em geral, todas estas tendências tem sido criticadas por parte dos criminologistas contemporâneos, sob fundamento de que são produtos da crise fiscal do Estado, e tendem a trocar o controle institucional pelo controle difuso na sociedade, o que levaria a uma “extensão” da prisão a toda a sociedade. Cremos que estas objeções não se dirigem às tendências em si mesmas, mas às mudanças estruturais que podem ocorrer nas sociedades centrais, e que em nada afetam o juízo que possam merecer do ponto de vista de nossas sociedades periféricas.³

Diversos são os modos pelos quais se pode visualizar a adoção de mecanismos de diversão e do princípio da oportunidade no sistema penal. Dentro de uma perspectiva mais tradicional, quiça, conservadora, o princípio da oportunidade é explanado tendo por objetivo verificar sua aplicabilidade e exequibilidade no âmbito de determinado sistema penal. Nesse

² CERVINI, Raul. **Os processos de descriminalização**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995. p. 195.

³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 6. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006. p. 355.

sentido, coloca-se a tônica na questão da baixa efetividade das penas dentro de uma perspectiva, na qual o discurso da teoria da pena assume uma função declarada próxima a uma posição social integradora e, sobretudo como uma forma de diminuir a crescente demanda nos órgãos responsáveis pelas ações penais dentro do Estado.

Não se descuida que o discurso acima colacionado encontra um fundo de verdade frente a uma análise empírica e teórica de seus cultores. Contudo, o que propugnamos não é simplesmente chegar, mas sim, partir deste discurso de modo a permitir que a inserção da oportunidade e da diversificação funcione como verdadeiro modelo de um sistema de intervenção mínima que tenha por escopo fundamental diminuir a violência intrínseca do sistema penal, bem como funcionar como mecanismo apto a melhorar a convivência dos envolvidos em um conflito penal em plena consonância a um Estado Democrático de Direito.

Se de um lado temos esta perspectiva mais tradicional, existe outra perspectivas que é enxergar a adoção do modelo consensual de justiça como um modelo de resposta ao crime. Molina⁴ identifica ao menos três modelos de sistemas para reação ao delito quais sejam: o dissuasório, o ressocializador e o integrador baseado na conciliação e na reparação.

O modelo clássico de reação ao delito é o dissuasório, o qual estabelece que a punição ao delinquente produz um efeito dissuasório e preventivo na comunidade. O modelo ressocializador é fundamentado na compreensão de que a tarefa primordial de qualquer sistema penal é a reinserção do infrator na sociedade. As falácias de ambos os modelos são mais que conhecidas dos operadores jurídicos. Para elucubração de algumas das críticas para esses referidos modelos direciona-se o leitor para as considerações lançadas na seção 3.1 em que foram apontadas as diferenças entre os discursos declarados da função da pena e as funções ocultas desempenhas por este discurso.

Por último, existe um terceiro paradigma que procura colocar no sistema de resposta ao delito a satisfação de todos os envolvidos no crime. Deste modo, procura inserir, enquanto função do modo de reação ao delito, a satisfação de outras expectativas sociais dos envolvidos tendo por fundamento suas perspectivas para além da mera intervenção estatal na atribuição de uma pena privativa de liberdade.

A este terceiro paradigma pode-se referir de várias maneiras uma vez que se apresenta muito mais como uma tendência do que propriamente um modelo a ser seguido. Contudo, determinadas características podem ser elencadas nesse modelo. A primeira delas é uma clara

⁴ GÁRCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. Introdução aos fundamentos teóricos da criminologia. (tradução de Luiz Flávio Gomes). In: _____; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2000. pte. 1. p. 375.

tendência na flexibilização dos procedimentos processuais penais, muitas vezes propugnando vias alternativas ao sistema legal formal, medidas tendentes a despenalização etc. Para alcançar êxito tal modelo propõe uma nova dogmática, ora abandonando velhos preceitos, ora realizando novas leituras. Nessa gama de fenômenos que propugnam a adoção do modelo consensual de justiça várias orientações podem ser encontradas.

Convém desde já perquirir a respeito da amplitude que possa vir a significar o termo justiça consensual ou negociada.

Quando há uma questão terminológica ao vocábulo a ser utilizado, prefere-se o termo consensual por razões bem simples, entre elas destacam-se as seguintes: o termo negocial evoca em seu vocábulo a noção de que o direito penal e processo penal estariam preocupados estritamente com a questão financeira, dada a proximidade do vocábulo ‘negocial’ e ‘negócios’ fato que em mentes desavisadas poderia remeter a formas empresariais. Outro fator é que o termo justiça negocial, isto é negociação, parece mais se coadunar com os modelos de justiça propostos no círculo anglo saxônico no qual o órgão acusador e a defesa encontram enorme capacidade para negociarem.

O termo negocial parece ser a expressão correta para se referir ao *plea-bargaining* americano em que a complexidade das negociações encontra limites apenas na invenção das partes.⁵ De um modo geral, o modelo consensual de justiça fora do eixo de influência anglo-saxônica conta com algumas restrições legais, outorgando menor margem de negociação entre o órgão acusador e a defesa.

Estabelecidas essas premissas, passa-se a análise do princípio da oportunidade e suas vicissitudes, que se manifestam enquanto principal método irradiador de uma justiça consensual. Neste primeiro momento, exporemos o princípio da oportunidade dentro de uma concepção ampla e na seção seguinte faremos uma abordagem deste dentro do contexto outorgado pela Lei n. 9.099/95⁶ que conferiu ao sistema de justiça brasileiro um caminho para a adoção dos mecanismos consensuais no processo penal. Posteriormente, se abordara o modelo restaurativo de justiça. Prefere-se uma abordagem separada destes modos de justiça consensual uma vez que o modelo restaurativo traz um componente quase revolucionário que é os anseios intersubjetivos dos envolvidos no conflito.

⁵ VOGLER, Richard. Justiça consensual e processo penal. In: CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai. (Org.). **Processo penal e Estado de direito**. Campinas: Edicamp, 2002. p. 288.

⁶ BRASIL. Lei n. 9.099, DE 26 de setembro DE 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 26 set. 1995. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm>. Acesso em: 25 fev. 2014.

Por princípio da oportunidade entende-se a faculdade que é outorgada ao titular da ação penal para dela poder dispor, sob determinadas condições, e assim no intento da ação penal que objetiva: impor uma pena a um acusado, desistir da ação ou colocar o acusado sob determinadas condições e ao final extinguir a punibilidade. O princípio da oportunidade possibilita que o órgão acusador tenha certa discricionariedade no manejo do seu poder de propor uma ação criminal.

É face oposta ao princípio da legalidade processual que também pode ser nomeado de princípio da obrigatoriedade ou da indisponibilidade da ação penal. Esses princípios determinam que o Ministério Público deva agir de forma compulsória para apurar e ou denunciar qualquer infração que tiver conhecimento independentemente da gravidade, lesividade ou outros quesitos que digam a respeito ao merecimento ou à necessidade de pena.

De forma indistinta, a abundante doutrina que trata do princípio em questão usa duas expressões, como sinônimas, para designar o dever do Ministério Público propor a ação penal condenatória. Fala-se em princípio da legalidade ou em princípio da obrigatoriedade.

Preferimos usar a expressão princípio da obrigatoriedade, a fim de tornar mais claro que o dever legal de o Ministério Público exercitar a ação penal é, na verdade uma decorrência do próprio princípio da legalidade, que, numa perspectiva mais ampla, informa a atuação dos órgãos públicos no chamado Estado de Direito.⁷

O princípio da oportunidade na sua concepção no âmbito do processo e procedimento, é fortalecido ao se pensar no direito penal orientado pelas consequências, em contraponto ao princípio da legalidade em sua ênfase formal e textual.⁸ O princípio da legalidade tem nas exigências da realidade sua base, porém tal embasamento coloca-se como errôneo quando pressupõe que a aplicação da lei no direito penal converte-se diretamente em realidade. Este pensamento desnuda a realidade enquanto caminho mutável lotado de significações e particularidades, aspectos que devem ser considerados pelo aplicador da lei em cada caso. Ao final, a ética do princípio da legalidade, na representação desfigurada da realidade pode alcançar resultados indesejáveis pela alta demanda daqueles que a ela estão submetidos.⁹

Sobre o emprego dos princípios da legalidade e da oportunidade, Hassemer pontua:

⁷ JARDIM, Afrânio Silva. **Ação penal pública**: princípio da obrigatoriedade. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 48.

⁸ HASSEMER, Winfried. **Direito penal libertário**. Tradução de Regina Greve. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 53.

⁹ *Ibid.*, p. 54.

A discussão entre legalidade e oportunidade não ocorre, em princípio na esfera do direito penal material, mas no campo do processo penal. Conseqüentemente, as leis do processo penal devem ser decisivas para uma opção e essas leis denotam mais o princípio da oportunidade. Ao contrário o Código Penal, o processo penal não é de fato texto, mas *cenário, processo*. As normas de direito penal não se estabelecem em sua forma textual, mas se transpõem, por intermédio do agir prático, para a realidade. E quando dessa transposição, elas são necessariamente alteradas: colocadas na disposição de condições especiais de ação. Essas condições de ação, as quais não são objetos do direito penal material, mas do processo penal prático, devem ser observadas quando se tenha que decidir entre legalidade e oportunidade no processo penal.¹⁰

Diversos são os caminhos que podem ser utilizados para explicar essa disfuncionalidade do princípio da legalidade como a questão da cifra negra que são os crimes não descobertos ou não investigados, a própria vitimização secundária, a atividade seletiva das agências de controle penal.

Faz-se necessária, portanto, uma digressão que embora não seja primordial, merece seu registro; é o fato de que quando se fala que a face oposta da oportunidade é a legalidade, é importante sublinhar que se fala da legalidade enquanto princípio processual.

Nesse sentido, Zaffaroni pondera que:

A seletividade estrutural do sistema penal – que só pode exercer seu poder regressivo legal em um número insignificante das hipóteses de intervenção planejadas – é a mais elementar demonstração da falsidade da legalidade processual proclamada pelo discurso jurídico-penal. Os órgãos executivos têm “espaço legal” pra exercer poder repressivo sobre qualquer habitante, mas operam quando e contra quem decidem.¹¹

Corroborando o posicionamento acima, Manuel da Costa Andrade identifica a validade do princípio da legalidade processual como:

[...] reverso de um Direito penal que se sacrificava frente ao dogma absoluto da retribuição, da pena como ‘negação da negação’ hegeliana. De um Direito penal que aspirava e acreditava na meta do *full enforcement*, da aplicação sem resíduos das normas incriminatórias a todas as condutas em abstrato subsumíveis, (mas) hoje o Direito penal surge em termos mais relativos: apenas com *ultima ratio* da tutela de bens jurídicos, complementarmente preordenado à estabilização das normas e à socialização do delinquente.¹²

¹⁰ HASSEMER, Winfried. **Direito penal libertário**. Tradução de Regina Greve. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 53.

¹¹ ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2005. p.27.

¹² ANDRADE, Manuel da Costa. Consenso e oportunidade. In: CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS. **Jornadas de direito processual penal: o novo Código de Processo Penal**. Coimbra: Almedina, 1992. p. 399.

Logo, cabe destacar, que nem sempre (a adoção irrestrita ao princípio da legalidade será a melhor alternativa) a via da legalidade será a melhor alternativa em âmbito do processo penal, visto que esta transcende o direito penal material; como o autor ressalta é cenário, e assim, permeado pelo contexto social que circunstancia a ação do delito.

Na construção de Hassemer, o direito penal material, pautado *a priori* no princípio da legalidade, encontra limitações na realização do processo penal, que tende a programas informais como demanda espontânea. O processo penal, na busca pela verdade, tem na moldagem da justiça aspecto de relevância que a configura como uma verdade forense e não apenas “verdade material”, na visão simplista da legalidade.¹³ Ao buscar a verdade no processo judicial, visa-se que a partir dos fatos existentes e relevantes o aplicador da lei possa usufruir de elementos a fim de evitar equívocos na concepção do seu posicionamento. Sendo assim, adotar a verdade material, como guia no processo penal, pode culminar no desrespeito aos princípios do Estado Democrático de Direito, tendo em vista que a busca desta verdade deveria suplementar qualquer garantia individual, devendo fazer uso de todos os meios disponíveis para alcançar uma suposta justiça.¹⁴

Por outro lado, ao investir no princípio da oportunidade, é possível atender as regras lógicas e as garantias formais no decorrer do procedimento judicial, assumindo como escopo a adequação social nas decisões jurídicas. Como bem considera Cláudio José Pereira:

O cabimento de uma análise de adequação social, quando da iniciativa processual, não concebe desrespeito aos princípios reguladores do processo penal, já que sua aplicação apenas aos casos de relevância social garante maior eficácia e também, uma fiscalização mais segura de seu cumprimento; exigências de um procedimento legítimo e legal de busca de uma solução justa e adequada.¹⁵

Atualmente, sabe-se que a prevenção intimidadora que vê na privação de liberdade um instrumento de controle social já não responde as demandas do contexto criminal.¹⁶ Verifica-se que o impacto social tem sido maior do que as respostas obtidas, ou seja, a privação da liberdade como modelo punitivo tem se mostrado ineficaz na prevenção de delitos e reincidências. Embora, a sociedade ainda encare esta pena como fim esperado no processo penal e a projete na busca pela justiça, há necessidade de resignificação da reparação do dano

¹³ HASSEMER, Winfried. **Direito penal libertário**. Tradução de Regina Greve. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 55.

¹⁴ PEREIRA, José Cláudio. **Princípio da oportunidade e justiça penal negociada**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 66-67.

¹⁵ *Ibid.*, p. 47.

¹⁶ *Ibid.*

nos processos judiciais, no sentido de considerar os benefícios/malefícios sociais que a decisão pode ter. Deve-se ponderar que o objetivo final da pena não é apenas punir, mas buscar a solução mais adequada no intuito de minimizar o impacto social e a violência institucional provocada pelas agências sociais de controle penal.¹⁷

Propositura de destaque na elucubração do princípio da oportunidade é considerar o caso em sua individualidade na atribuição da decisão judicial, colocando o comportamento individual como fruto da sociedade da qual provém e não apenas isolá-lo como conduta. Nesse sentido, Pereira expõe que ainda que os direitos individuais sejam vistos em proporcionalidade com os sociais, os primeiros também são garantidos pela Constituição.¹⁸ Por isso, a penalização somente pela conduta é incapaz de abranger todos os condicionantes do delito, dando a decisão caráter precário na manutenção aos direitos fundamentais.

O princípio da oportunidade abriga sua aplicabilidade no aprofundamento analítico da Constituição Federal, na menção da proporcionalidade a infrações de menor potencial ofensivo, suscitando a possibilidade de que tais infrações possam ser colocadas sob perspectiva diferenciada pela adoção do princípio da oportunidade.¹⁹ Ainda sobre o respaldo constitucional ao princípio da oportunidade, pode ser reconhecido no papel do Ministério Público relacionado à promoção ou não da ação penal²⁰, ordenado, obviamente, por princípios legais. Nesse sentido, Cláudio José Pereira destaca que a legalidade e a legitimidade do Ministério Público ao atuarem na consideração do princípio da oportunidade, valoram o tratamento isonômico às infrações penais que culminam na proporcionalidade. Na ótica do princípio da isonomia, o Ministério Público, pode favorecer um tratamento individualizado, visionando maior adequação social.²¹

Ao se considerar uma lei na obtenção de juízo sobre dado delito, sabe-se que podem emanar interpretações variadas e que estas são condutoras nas decisões e soluções de casos. Pode-se encontrar, então, entendimento de que o princípio da oportunidade é consoante a essa colocação, e como Hassemer destaca pode ser um instrumento de interpretação razoável da lei, pautada na proporcionabilidade e razoabilidade. Em continuidade o autor ressalta:

¹⁷ PEREIRA, José Cláudio. **Princípio da oportunidade e justiça penal negociada**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 66-67.

¹⁸ *Ibid.*, p. 44.

¹⁹ *Ibid.*, p. 28.

²⁰ *Ibid.*, p. 29.

²¹ *Ibid.*, p. 31.

“Oportunidade” pode, então, significar que uma decisão sobre a persecução e punição não deve se fundar apenas no programa legal de decisões (dedutivo) “superior”, mas nas condições concretas do caso a ser decidido (indutivo) “inferior”.²²

Sendo assim, o princípio da oportunidade, o qual afirmar-se como orientado pelas consequências do delito, contextualizado pelo caráter sociológico pelo qual as ações delituosas emergiram, pode ser uma alternativa perspicaz na tomada de decisões relativas à execução da transação penal e outros institutos despenalizadores de vista social.

Com efeito, na práxis é difícil dar limites para utilização dos princípios da legalidade e da oportunidade, o que há, na realidade, é uma construção mista que por vezes irá tender mais a um ou outro na individualidade do caso, porém com o objetivo principal de solucioná-lo de forma socialmente adequada. A avaliação, baseada nos motivos para fazer uso da legalidade ou da oportunidade, mostra-se insuficiente para subsidiar a escolha da melhor alternativa, por isso, ter em consideração as consequências jurídico-políticas de cada um é importante para balizar a etapa decisória.²³ Na persecução penal, poder-se-ia colocar a legalidade como resposta à Justiça, enquanto a oportunidade seria caracterizada pela utilidade, ou seja, a eficácia na resolução; seria como Hassemer dispõe tanta legalidade quanto possível, tanta oportunidade (atualmente política e econômica) quanto necessário.²⁴ Destaca-se que raramente as decisões serão tomadas com base exclusivamente em uma orientação, mas que há a possibilidade de potencializar o emprego dos princípios, dependendo de cada caso.

Ainda sim, é preciso ter cautela na aplicação do princípio da oportunidade, primeiramente, por que a sociedade, até então, na sua compreensão de justiça, vê no arquivamento de processos, medida de impunidade, visto que tem no agravamento das penas alvo desejado. E também, deve haver formas de controle na fase de inquérito para que a não continuidade de procedimentos, já tomada como prática policial, possa ser corrigida.

Nesse sentido, Hassemer recomenda precauções para evitar resultados desfavoráveis na utilização do princípio da oportunidade: participação do juízo responsável, como forma de fiscalizar e manter garantias; consentimento dos envolvidos, principalmente na opção de arquivamento do processo; exigência de fundamentação para disposição de arquivamento, em que se verificam os motivos para o arquivamento; aperfeiçoamento de um processo efetivo de

²² HASSEMER, Winfried. **Direito penal libertário**. Tradução de Regina Greve. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 59.

²³ *Ibid.*, p. 60.

²⁴ *Ibid.*, p. 62.

denúncia obrigatória, para que principalmente a vítima possa controlar o arquivamento com ajuda do juízo.²⁵

Favoravelmente a adoção do princípio da oportunidade e com lastro em estudos para o desenvolvimento do Código Tipo Ibero- Americano Antonio Scarance Fernandes elenca algumas sugestões como critério para a aplicação do princípio da oportunidade sendo estas as seguintes:

1. Quando se tratar de fatos que por sua insignificância ou sua falta de frequência não afeta o interesse público, salvo quando a pena mínima supere os três anos de privação da liberdade ou o delito tenha sido cometido por funcionário público no exercício de seu cargo;
2. Quando a contribuição ou a culpabilidade do agente na comissão do fato seja leve e não exista nenhum interesse público gravemente comprometido em sua percepção, salvo se se tratar de um delito cometido por funcionário público no exercício de seu cargo;
3. Quando se tratar de casos que reúnem os pressupostos em relação aos quais o tribunal pode prescindir da pena;
4. Quando para evitar a consumação de um fato ou facilitar sua persecução penal, resultar idôneo prescindir da persecução de outro fato ou de uma contribuição para o mesmo fato;
5. Quando alguma de várias infrações legais, que tenham sido cometidas por uma mesma ação ou por várias ações, careçam de importância em consideração a pena ou medida de segurança já executada ou que provavelmente se aplicará.²⁶

Com efeito, não subsisti razões para a adoção irrestrita do princípio da legalidade e consequentemente o banimento do princípio da oportunidade no processo penal. A ideia de que o Estado possa atuar de forma onipresente não encontra guarida em qualquer fundamentação criminológica ou político criminal, por mais investimentos que ocorram no sistema de apuração e de denúncia das ações penais, não parece razoável imaginar que todos os crimes possam ser investigados e punidos. A adoção irrestrita da obrigatoriedade também corrobora para a ideia de que o problema do sistema penal não são suas funções ocultas ou mesmo sua seletividade estrutural, bem como sua notória inaptidão para resolver inúmeros problemas penais que mais do que um ritual processual necessitam que os próprios implicados no contexto assumam responsabilidades.

²⁵ HASSEMER, Winfried. **Direito penal libertário**. Tradução de Regina Greve. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 63.

²⁶ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2005. p. 201-202.

4.1.1 Lei n. 9.099/95 e as medidas despenalizadoras: a) composição civil, b) representação, c) suspensão condicional do processo e d) transação penal

A regulamentação do modelo consensual de justiça brasileiro sobreveio por meio da Lei n. 9.099/95²⁷ que dispôs sobre a criação dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Estadual e do Distrito Federal e Territórios, deste modo, implemento ao art. 98, inc. I, da Constituição Federal de 1988.

Assim dispõe o texto Constitucional:

Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:
I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumariíssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau;²⁸

A introdução do modelo consensual de justiça no ordenamento brasileiro representada pela Lei n. 9.099/95 foi recepcionada por alguns como uma verdadeira revolução no âmbito da política criminal. Nesse contexto, é necessário lembrar que na década de 90 a política criminal brasileira estava delineando-se por um forte viés repressivo no qual a edição da Lei dos Crimes Hediondos é o principal exemplo. Luís Flavio Gomes²⁹ fala de uma verdadeira quebra de paradigma de um ambiente paleorrepressivo para abertura ao espaço do consenso e consequentemente um sistema de mínima intervenção.

A Lei n. 9.099/95 e suas alterações posteriores definiram como crime de menor potencial ofensivo, e logo, passíveis de admissão no âmbito do consenso as contravenções penais e os crimes em a lei comine pena máxima não superior a dois (2) anos, cumulada ou não com multa. Nesses crimes, o processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, informalidade, economia processual e celeridade, objetivando, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade, a conciliação ou a transação.

²⁷ BRASIL. Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 26 set. 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm>. Acesso em: 25 fev. 2014.

²⁸ Id. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 5 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 5 out. 1988. Anexo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 11 ago. 2013.

²⁹ Cf. GOMES, Luiz Flávio. **Suspensão condicional do processo**. 2. ed. São Paulo: Ed RT, 1997.

A própria definição de crimes de menor potencial ofensivo já ocasiona severas críticas ao modelo consensual brasileiro, uma vez que para muitos o diploma legal seria o responsável por trazer novamente à tona a criminalização pelas agências de controle social - as contravenções penais. Quanto a essa crítica duas, observações parecem importantes: a primeira é que o simples desuso de uma lei não a revoga.

Outro ponto que parte considerável da doutrina aponta que depois da Constituição Federal de 1988, que alterou o conceito material de infração penal, remetendo as infrações de menor potencial ofensivo para o tratamento no âmbito dos Juizados Especiais, as contravenções com pena até um ano não foram recepcionadas pelo ordenamento jurídico.³⁰

A Lei n. 9.099/95 é expressão maior do paradigma consensual de justiça na tentativa de adequar o tratamento penal de crimes de pequeno e médio potencial ofensivo de forma a tratá-los com esteio na proporcionalidade e na adequabilidade a uma justiça menos aflitiva e compromissada em dar tratamento digno às vítimas de crimes. Para tanto, se utiliza de alguns institutos despenalizadores, em plena conformidade com uma intervenção mínima do direito penal. Esses institutos são: a composição civil, a representação do ofendido, a transação penal e a suspensão condicional do processo.

Para alcançar tal desiderato, o modelo consensual se fundamenta na mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, na autonomia de vontade das partes, e em uma maior atenção à vítima de delitos, tendo como escopo fundamental a reparação dos danos.

Como já observado, a regra sobre ação penal pública é a indisponibilidade, ou seja, estando presentes os requisitos legais, os órgãos da persecução criminal estão obrigados a atuar. No entanto, objetivando mitigar a cólera penalizadora do Estado, tal princípio sofreu alteração pontual de forma que nos crimes de menor potencial ofensivo o titular da ação penal pública terá ao seu dispor um novo tratamento, regrado, como se verá a seguir. Obtemperem-se, desde já, que o Ministério Público continua adstrito ao princípio da legalidade processual, contudo, sua resposta ou pedido de exercício da ação penal pública será regrado por certas condições normativas. Não há que se contestar tal fato uma vez que o Estado está no pleno exercício de sua função de delimitar a política criminal, com fundamento na Carta Constitucional.

Importantíssimo embasamento para a implementação do modelo consensual de justiça é a ideia de que em certos casos taxativamente previstos na lei e sob o controle jurisdicional

³⁰ BORGES, Paulo César Corrêa. **Direito penal democrático**. Franca: Lemos & Cruz, 2005. p. 95.

será observada a autonomia de vontade do acusado, diversamente do que ocorre nos modelos de justiça baseados no conflito em que o antagonismo chega a ponto de ser incompreensível qualquer ideia de consenso. O modelo consensual abre espaço para que determinados direitos e garantias, quando assim o desejar, possam ser exercidos de maneira negativa, ou seja, admite-se a não utilização desses direitos como estratégia de defesa.

Tendo em vista que se fala de uma atenuação mitigada ou regrada do princípio da indisponibilidade da ação penal pública, tem-se, por conseguinte, que a consensualidade fica restrita aos casos precisamente previstos no ordenamento jurídico e somente, assim, admite-se a utilização negativa de direitos e garantias fundamentais, seja em razão da autonomia da vontade pessoal, ou por conveniência de estratégia de defesa estabelecida pelo acusado com seu defensor.

Manuel da Costa Andrade sobre a questão da justiça consensual e os direitos fundamentais observa que:

Para além da realização da autonomia pessoal, este consentimento pode em concreto estar preordenado à promoção de interesses legítimos do respectivo titular. Daí que seja forçoso defender a sua validade e eficácia de princípio. [...] Em causa está a tese da chamada dupla natureza ou dupla dimensão que a moderna doutrina constitucional adscribe aos direitos fundamentais. Resumidamente: os direitos fundamentais não podem ser pensados apenas do ponto de vista dos indivíduos, enquanto faculdades ou poderes de que são titulares, antes valem juridicamente também do ponto de vista da comunidade como valores ou fins que esta se propõe a seguir.³¹

Entretanto, a regra que recai sobre a ação penal pública ainda é da obrigatoriedade da ação penal, contudo, agora mitigada pela Lei 9.099/95. Além dessa mitigação, é fato que sobre as ações penais privadas e personalíssimas a regra é a da disponibilidade da ação penal.

Ao comentar sobre o panorama que antecedia a Lei dos Juizados Especiais Criminais Weber Martins Batista e Luiz Fux observam que:

Ao problema da demora dos processos se junta um outro, talvez ainda mais grave: o da inexistência de processo, o da não- instauração de processos nos ilícitos de menor gravidade, como forma de permitir que sejam julgados os crimes mais graves. Só que o conceito de menor gravidade tem evoluído, na prática, de tal maneira, que quase se pode dizer que as portas da Justiça - Polícia, Ministério Público, Judiciário - se fecham, hoje injustamente, para um considerável número de fatos e processos.

³¹ ANDRADE, Manuel da Costa. Consenso e oportunidade. In: CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS. **Jornadas de direito processual penal: o novo Código de Processo Penal**. Coimbra: Almedina, 1992. p. 332.

Foi com o pensamento de minorar esses problemas, que o legislador constitucional possibilitou a criação dos juizados especiais, dando-lhes competência para a conciliação, o julgamento e a execução - no que nos interessa - das infrações de menor potencial ofensivo, mediante procedimento oral e sumaríssimo, permitidas a transação e o julgamento de recursos por Turma de juizes de primeiro grau (CF, art. 98, I).³²

Os princípios informativos da Lei n. 9.099/95 são a oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação e a transação (art. 2º). É notório que a ideia de eficiência e celeridade no contexto brasileiro adquiriu caráter predominante, caracterizando, muitas vezes, o modelo consensual como verdadeiro “*fast food*” de sentenças, sendo esta a principal bandeira da adoção do modelo, ou seja, que a resolução do conflito atribuída aos Juizados Especiais deve ser breve, o mais rápida possível. Quer queiram ou não esse é o espírito que parece ter prevalecido após 19 anos da edição da Lei n. 9.099/95. Esse modo de encarar o procedimento judicial aparenta que na maioria das vezes vai de encontro como um modelo de justiça que objetiva ser também consensual. São em verdade duas óticas paradoxais. Afinal, a lógica consensual pressupõe diálogos, conversas, intervenções de outros atores, enfim ouvir o outro para trocar impressões acerca do ocorrido, dando espaço para surgir um momento de alteridade entre os envolvidos.

Nesse sentido, muitos autores que negam a importância do modelo consensual como meio hábil para a realização do valor justiça, corroboram para o surgimento de críticas baseadas em grandes frases de efeito que colocam a ideia de consenso no processo penal enquanto extensão de um direito penal de máxima intervenção.

Para Aury Lopes Júnior o modelo de justiça consensual, o qual o autor prefere chamar de justiça negociada, é expressão do modelo da lei e da ordem.

A lógica negocial transforma o processo penal num mercado persa, no seu sentido, mais depreciativo. Constitui, também verdadeira expressão do movimento da lei e da ordem, na medida em que contribui para uma banalização do Direito Penal, fomentando a panpenalização e o simbolismo repressor.³³

Todo movimento tendente a romper paradigmas encontrará alguma reação que de pode compor-se de diferentes maneiras, uma nova forma de rompimento, uma estratégia intermediária ou mesmo uma forma de que a situação permaneça como está.

³² BATISTA, Weber Martins; FUX, Luiz. **Juizados especiais cíveis e criminais e suspensão condicional do processo**. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 284.

³³ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 995.

A discussão a respeito da vítima no processo penal, que tomamos como objeto deste trabalho, é assentado tendo por meta a minimização da intervenção do aparato punitivo, violento e seletivo do Estado. Para tanto, não se coloca que a participação da vítima seja estabelecida como forma de desconsiderar direitos do acusado, e como já demonstrado, foram construídas algumas fundamentações de ordem criminológicas (minimalismo penal) dentro do âmbito de algumas compreensões abolicionistas.

Os críticos da introdução do modelo consensual brasileiro podem ser divididos em duas categorias: os que entendem que a referida lei abrandou a resposta punitiva do Estado cooperando, assim, para a impunidade, e, aqueles que veem nos Juizados Especiais Criminais um modo de ampliar o leque de condutas e do poder punitivo do Estado.³⁴

Para avaliar leis que objetivam romper com determinadas tradições jurídicas é necessário algum discernimento entre o que estas leis podem realizar de fato e o que seus defensores almejam. Esse necessário agir prudente diz respeito ao fato que muitas vezes essas leis são estabelecidas como verdadeiras panaceias para os males do sistema penal. Exemplos nesse sentido não nos faltam: entres estes se visualizam leis como a Lei dos Crimes Hediondos, Lei das Penas Alternativas e a Lei dos Juizados Especiais Criminais. Talvez não seja o caso de avaliar como fracasso as alterações legislativas como a Leis das Penas Alternativas ou dos Juizados Especiais Criminais, mas tão somente reconhecer que essas leis não podem ser vistas como panaceia e forma de resolução de todos os problemas relativos ao sistema penal.

É imperativo, portanto, que a Lei dos Juizados Especiais Criminais possa servir como momento de concretização de uma perspectiva menos interventiva do direito penal em que pese os antagonismos que deram origem à criação desta lei, que são o pragmatismo do desafogamento do Judiciário e a utopia de um modelo consensual com maior participação da vítima tendo como meta, quando possível, a recomposição de laços sociais rompidos com o crime, bem como uma resposta diferente para a sociedade, (resposta) mais comprometida com o exercício da cidadania e com suas reais necessidades de pacificação social.

O modelo de consensual de justiça representa na verdade a antítese do movimento da lei e da ordem que propõe que o direito penal funcione como responsável para a manutenção do *status quo* de determinada camada social, funcionando como gestor da miséria que solapa as condições de vida digna. O direito penal, representante do movimento da lei e da ordem, é um direito penal do recrudescimento das penas, das medidas processuais tendentes a alargar

³⁴ MACHADO, Antonio Alberto. **Curso de processo penal**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 326.

as prisões processuais. É o direito penal que gera a hiperinflação carcerária nutrindo-se de fatores como a maior duração das penas, o aumento de tipos penais e a extensão do expediente da prisão para uma gama de delitos que anteriormente não seriam tipificados. O direito penal do movimento da lei e da ordem é aquele que tem propugnado pelas privatizações das cadeias e o aumento cada vez maior de um verdadeiro Estado de polícia.³⁵

Luiz Antônio Bogo Chies com uma ironia peculiar afirma:

Em pleno ingresso do século XXI, ainda caminhamos por becos escuros no que tange às questões jurídico-penais. Nesses becos, encontramos aqueles que acriticamente parecem nos dizer que “ não querem saber se o pato é macho... querem ovos”, clamando assim a maximização do rigor punitivo, da vingança publicamente até privatizada, encontramos outros que de forma ingênua institucionalizada ou mesmo consciente, preferem, tal qual o avestruz, buscar a falaz proteção inócua da negação, da esperança de que nos faltam apenas “recursos materiais” para a implementação do “mito do bom sistema”; sem que sua estrutura seja alterada sem rupturas. Clamam por mais policiamento, por mais juízes etc. Crêem no sistema de forma tão acrítica como crê o avestruz nas dimensões ilusórias do buraco no qual se esconde: mas nestes becos encontramos também portas abertas, trancadas ou semiabertas... muitas das quais guardam os elementos de ruptura, portas estas que por vezes não sabemos como, mas devemos abrir.³⁶

Com a edição da referida lei, pondo em prática mandamento constitucional de criação do modelo consensual brasileiro, adveio a inclusão das medidas despenalizadoras: composição civil dos danos, representação do ofendido, suspensão condicional do processo e transação penal, representando um importante avanço na ideia de construção de uma justiça compromissada com a causa das vítimas. Contudo, na prática, a ideia nuclear da criação dos Juizados em alguns casos enveredou por uma perspectiva efficientista sem grande preocupação de fato com a vítima. Essa na verdade, poderia ser considerada um acidente de percurso ou mesmo um efeito colateral. Na prática, a tentativa de conciliação proporcionada pelo novo rito é vista muitas vezes como empecilho de celeridade, visto que a ideia central de reparação ficou limitada à simples representação financeira dos prejuízos causados pelo crime.

Entretanto, isso não quer dizer que se deva retroceder à Lei n. 9.099/95 ou manter o quadro atual. Desta forma, assume-se uma perspectiva **prospectiva** no que concerne a estes mecanismos, ou seja, enseja-se uma mudança em algumas de suas concepções a fim de

³⁵ Cf. WACQUANT, Loic. **Punir os pobres: a nova gestão de miséria nos Estados Unidos**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

³⁶ CHIES, Luiz Antônio Bogo. É possível se ter o abolicionismo como meta, admitindo-se o garantismo como estratégia? In: CARVALHO, Salo; WUNDERLICH, Alexandre (Org.). **Diálogos sobre a justiça dialogal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 215.

atender, sempre que possível, de forma melhor e menos punitiva, os reclamos das vítimas e da sociedade enquanto estratégia intermediária e alternativa para uma utopia de um sistema penal diferente do atual, quiça um sistema, não penal, outro lugar sem obstante declarar que esse sistema pode e deve ser também conquista de uma sociedade com alicerces diferentes.

A diminuição da intervenção penal através da descriminalização, da “*diversion*” e do princípio da oportunidade de ação penal são, obviamente, caminhos que possibilitam a diminuição da violência do sistema penal, desde que a renúncia à intervenção do sistema penal não constitua um recurso formal para retirar matéria da agência judicial e aumentar o poder das outras agências. A renúncia a intervenção punitiva deve ser tratada como forma de renúncia real ao modelo punitivo considerado ônticamente.³⁷

Os institutos do modelo consensual brasileiro podem e devem funcionar numa perspectiva de alteração e formação de uma política criminal alternativa ou na leitura de Baratta, uma política criminal das classes subalternas, ou seja, de diminuição da violência e da seletividade do sistema penal que quase sempre tem nos vulneráveis seus principais clientes.³⁸

Os procedimentos nos crimes de competência dos Juizados Especiais Criminais, dados seus princípios norteadores, são diferenciados. A fase preliminar ocorre no âmbito da polícia judiciária, momento em que a autoridade policial lavrará um termo circunstanciado da ocorrência em substituição ao inquérito policial, assumindo o caráter prospectivo já mencionado. Talvez, no momento da lavratura, o termo da autoridade policial devesse informar tanto ao suposto autor do delito quanto à vítima da sistemática do modelo consensual de justiça, abordando os direitos de ambas as partes. Para tanto, não parece ser a polícia judiciária, isto é, o delegado de polícia (autoridade policial) o mais apto para tal feito. Nesses termos, quem sabe poderia ficar adstrito aos policiais responsáveis pelo policiamento comunitário, uma vez que são estes que estão nas ruas e são os primeiros a chegar a determinadas ocorrências. Sendo assim, é imperativo que esses policiais sejam verdadeiramente capacitados em policiamento comunitário, algo bem distante do atual modelo policial militar, no qual o policial é treinando para o combate ao inimigo e não para atender demandas de uma sociedade em que todos tenham o direito de serem bem tratados e respeitados em seus direitos humanos fundamentais, como a presunção de inocência, contraditório etc.

³⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2005. p. 177.

³⁸ Sobre as estratégias de Alessandro Baratta ver seção 3.1.1.

Concluído o termo circunstanciado com os elementos básicos a respeito da ocorrência, como as declarações das partes, as testemunhas, em conjunto com o exame de corpo de delito para os crimes que deixam vestígios, o delegado de polícia remeterá o termo circunstancial para o Juizado Especial Criminal.³⁹

Objetivando a conciliação entre os envolvidos, talvez seja melhor que haja algum tempo entre o a lavratura do termo e a possibilidade de uma audiência preliminar, visto que ao considerar que o objetivo de um sistema consensual é que as pessoas diretamente envolvidas no caso cheguem a uma construção do que se pode fazer a respeito do ato desabonador proporcionado pela conduta dos envolvidos, parece necessário algum *iter* temporal para que o calor das disputas (animosidade) não seja norteador da tentativa de composição civil.

Na realidade o que ocorre na prática é o não encaminhamento direto tanto do autor do delito quanto da vítima. Sendo que estes assumem o compromisso de, quando intimados, comparecer ao juizado para a audiência preliminar. Nesta audiência, preliminar deverão estar presentes: o juiz e o conciliador, o representante do Ministério Público, o autor da infração e seu defensor e a vítima.

Na ação penal pública condicionada e incondicionada e na ação penal de iniciativa privada, o juiz inicialmente tentará celebrar a composição civil dos danos. No caso das ações penais incondicionadas, a composição dos danos não obstará a propositura da ação penal, por se tratar de ação na qual não se admite discricionariedade ou conveniência. Nesses casos, o Ministério Público prosseguirá nos tramites normais, ou seja, se não presentes elementos mínimos de autoria e materialidade poderá ser requerido o arquivamento do feito, caso contrário, poderá se propor a imediata aplicação da pena de multa, ou se presente os requisitos legais, a transação penal.

Algumas observações em caráter prospectivo podem ser realizadas neste procedimento. A primeira delas é a pequena vantagem ou o quase nenhum estímulo para a reparação do dano

³⁹ Art. 69. A autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência lavrará termo circunstanciado e o encaminhará imediatamente ao Juizado, com o autor do fato e a vítima, providenciando-se as requisições dos exames periciais necessários.

Parágrafo único. Ao autor do fato que, após a lavratura do termo, for imediatamente encaminhado ao juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer, não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança. Em caso de violência doméstica, o juiz poderá determinar, como medida de cautela, seu afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a vítima.

Art. 70. Comparecendo o autor do fato e a vítima, e não sendo possível a realização imediata da audiência preliminar, será designada data próxima, da qual ambos sairão cientes. (BRASIL. Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 26 set. 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm>. Acesso em: 25 fev. 2014).

no que concerne à ação penal pública incondicionada, uma vez que a extinção da punibilidade só diz respeito às ações públicas condicionadas e as ações penais de iniciativa privadas.

O incentivo ao acordo enunciado no art. 74, parágrafo único, da Lei n. 9.099/95 só diz respeito à ação penal de iniciativa privada ou à ação penal pública condicionada à representação. O acordo homologado nessa audiência tem por efeito, respectivamente, a renúncia ao direito de queixa-crime ou a representação e consequente extinção da punibilidade do autor do fato.

O acordo deve ser reduzido a termo e homologado pelo juiz. A sentença homologatória é irrecorrível e tem força de título executivo no juízo cível. Não ocorrendo o cumprimento do acordo, o ofendido poderá executar o título sem a necessidade de prévio ajuizamento de uma ação de conhecimento.

Data vênua, algumas críticas são colacionadas a respeito da imediata extinção de punibilidade em decorrência do simples acordo homologado pelo juiz. Os críticos analisam que seria melhor uma previsão legal no sentido de esperar o cumprimento do acordo para que somente após a produção de seus efeitos, seja extinta a punibilidade do autor do fato.⁴⁰

Outro fato desabonador para o estabelecimento de uma justiça verdadeiramente consensual que privilegie o restabelecimento do diálogo em detrimento de uma pretensa celeridade, passa pela necessária instituição de conciliadores ou mediadores para que estes sejam os reais construtores da composição juntamente com o suposto autor do fato e a vítima. Normalmente essa tentativa de acordo é realizada pelo próprio juiz fato que acarreta dois prejuízos: os juízes preocupados com a produtividade e quase sempre muito pouco afetos a tentar estabelecer o diálogo entre as partes renegam a um plano inferior a oportunidade de celebração do acordo entre as partes. Não se trata de uma experiência inovadora ou mesmo extraterrena, mas, de dar cumprimento aos ditames da Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais.

De outro lado existe uma questão subjetiva que é o fato do responsável pela tentativa de acordo ser também o juiz que decidirá a causa.

Nesse sentido, Luiz Antonio Bogo Chies, corrobora afirmando:

[...] que a presença de “ator” outro que aquele responsável por eventual julgamento processual da causa (conhecimento de persecução penal), “ator/operador” que ira intervir enquanto gestor da conciliação ou mediação,

⁴⁰ SILVA, Eduardo Araújo da. **Ação penal pública: princípio da oportunidade regrada**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 108.

é impositiva como regra de imparcialidade (alteridade pública imposta e crítica) frente às partes privadas.⁴¹

A crença que o juiz consiga ser sempre supraparte e que mesmo após a tentativa de conciliação que restou infrutífera, esse mesmo juiz não fique de alguma forma convencido, seja pela culpabilidade do suposto autor do delito ou pela sua inocência, mas de qualquer modo sua necessária equidistância do caso resta de alguma forma corrompida. De modo que é imperiosa a necessidade de o responsável pela eventual decisão que será emanada de possível persecução penal, seja diferente daquele responsável pela mediação ou conciliação.

A participação de conciliadores ou mediadores, principalmente quando estes de alguma forma estejam envolvidos dentro da localidade onde ocorreu o fato, pode contribuir para uma maior participação da sociedade, ou, mesmo como um mecanismo de democratização de um espaço que, *a priori*, deveria ser público, inclusive como forma de participação democrática da sociedade no que concerne ao Poder Judiciário que é, de fato entre os três poderes o menos afeito as participações populares.

Não ocorrendo composição civil dos danos e, tratando-se de ação penal condicionada à representação do ofendido, pode a vítima ou seu representante legal representar contra o suposto autor do fato. Caso a vítima e seu representante decidam por não representar contra o suposto autor do fato, ainda o poderão fazê-lo no prazo decadencial de seis (6) meses. Só a partir desse lapso temporal o suposto autor terá sua punibilidade de fato extinta. A extinção da punibilidade poderá ocorrer, também, caso o ofendido ou seu representante legal expressamente assim declare na própria audiência, desta forma o juiz deverá declarar a extinção da punibilidade.

A possibilidade da composição civil dos danos extinguir a punibilidade do suposto autor do fato trouxe enorme prestígio a vítima e ao instituto da representação.

A representação é uma manifestação de vontade da vítima ou de seu representante legal na qual solicitam a instauração do inquérito ou mesmo autorizam o Ministério Público a ingressar com a ação penal condicionada à representação. A titularidade da ação penal é do Ministério Público, logo, não há vinculação deste órgão que inclusive poderá pedir o arquivamento dos autos de inquérito se entender não haver elementos mínimos de autoria e materialidade do fato. A representação tem natureza jurídica de condição de procedibilidade.

⁴¹ CHIES, Luiz Antônio Bogo. É possível se ter o abolicionismo como meta, admitindo-se o garantismo como estratégia? In: CARVALHO, Salo; WUNDERLICH, Alexandre (Org.). **Diálogos sobre a justiça dialogal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 208.

Outra novidade que a Lei dos Juizados Especiais Criminais trouxe foi a da necessidade, que para além das hipóteses do Código Penal e outros dispositivos legais, a representação se fará necessária nas ações penais para lesões corporais leves e culposas (art. 88). Acompanhando *ratio essendi* do ordenamento jurídico em que os bens patrimoniais devem figurar em uma escala de menor valor e, portanto, de proteção não tão severa quanto os bens de maior proeminência como a integridade física. Percebe-se que o rol dos crimes abarcados pelo conceito de crimes de menor potencial ofensivo e necessariamente compreendidos como crimes a serem perseguidos por meio da ação penal pública condicionada à representação pode ser aumentado.

Nesses termos, os crimes nos quais ocorra um contato interindividual entre as pessoas, poderão ser colocados sob a ótica do modelo consensual no âmbito dos Juizados Especiais Criminais. Esse novo contorno poderia ocorrer, sobretudo, nos crimes contra o patrimônio, como furto, estelionato e apropriação indébita. Essa modificação pontual traria maior prestígio à vítima que poderia ver seu direito à reparação do dano ser exercido de maneira mais rápida sem, contudo, macular a necessidade de atuação do Estado.

Entre as inovações proporcionadas pela Lei n. 9.099/95 destaca-se a suspensão condicional do processo. Configura-se como uma transação processual em que o titular da ação penal abre mão de seu direito de persistir, no processo, buscando uma condenação, enquanto o acusado, sem discutir sua responsabilidade quanto ao delito, se submete, por um tempo determinado, ao cumprimento de certas obrigações. Ao final do prazo avençado será decretada a extinção da punibilidade. É mais um dos institutos que tem por fito atenuar o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública. O instituto é aplicado em todos os tipos de infrações penais cuja pena mínima prevista em abstrato não supere um (1) ano, desde que presentes os requisitos elencados no art. 89 da Lei n. 9.099/95.

Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

§ 1º Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições:

I - reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo;

II - proibição de freqüentar determinados lugares;

III - proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz;

IV - comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.⁴²

O instituto em análise é um dos mais controvertidos ao lado da transação penal, uma vez que para muitos autores golpearia de morte princípios consagrados do processo penal como da presunção de inocência, do contraditório e da ampla defesa. Essa acusação muitas vezes precipitada é ancorada tendo por fundamento institutos de modelos consensuais estrangeiros como o *probation* anglo-saxônico e o *plea barning* e o *guilty plea* do direito americano. Nesses institutos do direito alienígena, o acusado assume a culpa como parte da negociação para a atenuação da pena ou para que o Ministério Público faça sua denúncia em um crime mais leve. De qualquer modo, esses institutos não se assemelham à suspensão condicional do processo uma vez que não ocorre discussão alguma a respeito da culpa do denunciado.

Veja que a lei fala de denunciado como pressuposto para incidência da suspensão condicional do processo. Para que o instituto seja utilizado no âmbito do processo, já ocorreu prévia análise na qual o juiz no recebimento da denúncia verificou elementos como a justa causa, a provável tipicidade do fato etc. Não havendo esses elementos mínimos, o juiz deve rejeitar a denúncia.

Aury Lopes Junior descreve o modelo consensual de justiça como perverso intercâmbio entre acusação e defesa no qual a pena não passa mais pelo controle jurisdicional e também não se submete ao princípio da legalidade, deixando tudo nas mãos do Ministério Público e da sua discricionariedade.⁴³

Nota-se importante, desde já, certificar que se entende a suspensão condicional do processo como direito público subjetivo do acusado e tendo uma vez comprovada a existência dos requisitos que ensejam a suspensão do processo, o Ministério Público não poderá deixar de formular a proposta, e, nem mesmo o juízo deixa-la de atendê-la, ou seja, é um verdadeiro poder-dever do sistema penal para com o acusado. Sendo que, apenas o próprio acusado poderá negá-la, tendo por base o exercício do seu direito de ser contraditado e de um processo legal para aferir sua culpabilidade ou não.

Não nos parece que tais acusações possam procedam à frente ao modelo de justiça consensual proporcionado pela Lei dos Juizados Especiais Criminais. A crítica, alertamos assemelha-se, mais uma vez direcionada aos modelos em que se admitem amplas zonas de

⁴² BRASIL. Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 26 set. 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm>. Acesso em: 25 fev. 2014.

⁴³ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 994.

consenso entre o Ministério Público e a defesa, sem qualquer controle do jurisdicional. O fato de o suposto acusado cumprir algumas condições no chamado “período de prova” sem, contudo macular sua liberdade, tendo por meta evitar a estigmatização primeiramente do processo e eventualmente do cárcere, parece ser medida de primeira ordem de um direito penal mínimo enquanto estratégia para a minimização do direito penal. Ainda assim, ressalta-se que a referida lei fala de “condições” e não de pena, caso assim o fizesse estaríamos de pleno acordo que haveria flagrante violação do princípio *nulla poena sine iudicio*.

Por outro lado, estamos de acordo com a doutrina quando esta aponta a inconstitucionalidade de condicionar a concessão da suspensão condicional do processo apenas àqueles acusados sobre os quais não recaiam outros processos, ou, que não tenham sido condenados por outros crimes. Entendimento diverso deste constitui verdadeira ofensa ao princípio da presunção de inocência e no que tange aqueles que já responderam seus processos e foram julgados, negar-lhes tal benefício constitui verdadeiro *bis in idem*.

Nesse sentido colabora, José Laurindo de Souza Netto:

Existência de inquéritos policiais arquivados ou em andamento, é até mesmo ações penais em curso são situações ainda não definidas e por isso mesmo não se revestem de relevância jurídica hábil a legitimar a exacerbação da pena, não podendo ser utilizadas ainda para negar-lhe algum benefício.⁴⁴

Antes de adentrarmos na questão da transação penal cumpre estabelecer sua diferenciação em relação à suspensão condicional do processo, ambos os institutos pertencem ao chamado modelo consensual de justiça. A suspensão, como mencionado, é um direito subjetivo do acusado e quem determina as condições as quais ficará adstrito o acusado é o juiz. Ao Ministério Público resta tão somente a formulação da proposta, o consenso fica restrito entre o acusado e seu defensor em aceitar ou não o período de prova ou ir a julgamento. Na transação penal, o Ministério Público pode e deve participar do conteúdo da resposta estatal à infração, uma vez que essa resposta visa necessariamente à aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa.

Seguindo a sistemática do procedimento da Lei dos Juizados Especiais Criminais, superada a tentativa de composição civil ou não sendo o caso de arquivamento, passa-se aos atos posteriores do procedimento que tem na transação seu próximo passo. A transação penal consiste na proposta imediata de pena restritiva de direitos ou multa, pelo titular da ação penal pública, Ministério Público.

⁴⁴ SOUZA NETTO, José Laurindo de. **Processo penal**: sistemas e princípios. Curitiba: Júrua, 2003. p. 170.

Sempre salutar lembrar que no caso de ação penal condicionada à representação a composição do dano é condição impeditiva do prosseguimento do procedimento e ainda, a vontade do ofendido deve ser manifesta vez que é condição de procedibilidade.

O instituto, ora em análise, vai ao encontro da tendência de minimização da intervenção penal por meio da despenalização. A transação penal não retira do ordenamento qualquer tipo de criminalização, mas tão somente declara que para os casos que se enquadrarem em seus termos a via transacional deverá-poderá ser efetivada.

Sendo instituto do modelo consensual de justiça devem as partes enquanto medida inerente ao modelo consensual, alcançar plena possibilidade de negociação. O Ministério Público deverá exercer seu direito de formular suas propostas acerca da pena restritiva de direito ou sobre a sanção pecuniária. Por outro lado, para o suposto autor do fato, devidamente assistido por seu advogado, também terá autonomia para avaliar eventual acordo ou mesmo ser alertado por seu causídico sobre coações ilegais etc. O suposto autor e seu advogado podem, inclusive produzir uma contra proposta em relação a do Ministério Público, o que parece completamente razoável em um modelo consensual. Ao juiz cabe à condução do processo conciliatório na transação penal, não há que se falar em conciliador ou mediador. O magistrado com a aceitação por parte do suposto autor do fato o juiz procede ao controle das exigências legais e homologara por sentença o consenso que as partes tiverem estipulado.

A transação poderá ser obstada nos seguintes casos (art. 76):

§ 2º Não se admitirá a proposta se ficar comprovado:

I - ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva;

II - ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo;

III - não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente à adoção da medida.

§ 3º Aceita a proposta pelo autor da infração e seu defensor, será submetida à apreciação do Juiz.

§ 4º Acolhendo a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, o Juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, que não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de cinco anos.⁴⁵

O art. 76 §, 2º, II, e §4 da Lei n. 9.099/95 parece de uma inquestionável inconstitucionalidade, ao estabelecer que celebrado o acordo com o Ministério Público, o

⁴⁵ BRASIL. Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 26 set. 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm>. Acesso em: 25 fev. 2014.

suposto autor do fato nos últimos cinco (5) anos subsequentes, não poderá fazer jus a nova transação penal. Para os autores Ada Pellegrini Grinover⁴⁶, Antonio Scarance Fernandes, Antonio Magalhães Noronha e Luis Flavio Gomes, *ratio essendi* desse artigo é no sentido de não incentivar à impunidade.

Data máxima vênua, o entendimento dos respeitáveis autores não coaduna com o espírito da lei e tão pouco com o Estado Democrático de Direito. Se o possível autor do fato não foi julgado, não se submeteu a um processo regular onde poderia exercer todos seus direitos inerentes a defesa e a um processo de partes com pleno vigor do contraditório e, ainda, não gerando a adoção do instituto consequências para o fim de reincidências, então jamais poderiam tais dispositivos legais serem recepcionados frente aos direitos e garantias fundamentais. O simples fato de ter transacionado nos últimos anos não pode impedir nova transação, afinal vigora sempre o princípio de presunção de não culpabilidade.

A transação penal é o instituto consensual mais criticado por aquela parte da doutrina que enxerga na adoção do modelo consensual de justiça enorme violações os direitos e garantias fundamentais. Isso decorre do fato de que a transação é o instituto que mais se assemelha a outros institutos da justiça negociada do direito americano e outros do *civil law*.⁴⁷

Os institutos normalmente invocados para demonstrar a incompatibilidade da transação penal com a Carta Constitucional e o ordenamento jurídico brasileiro são o *plea bargaining*, *guilty plea*, *nolo contendere* (italiano).

No *plea bargaining* americano há uma ampla discricionariedade de concessões recíprocas entre a acusação e o defesa. A negociação ocorre sobretudo antes da audiência e não é necessária, em regra a presença de membro da corte. A negociação pode estabelecer quase tudo sofre os fatos, qualificação jurídica do crime e sua pena. Em alguns Estados do Estados Unidos da América admite-se inclusive a participação ativa do juiz para a formação do acordo.⁴⁸

Nem mesmo parece haver qualquer comparação com a *guilty plea* instituto pelo qual, enquanto forma de defesa, o acusado perante o juízo, admite que cometimento do fato a ele imputado. Nesse sentido nenhuma das formas transacionais (suspensão condicional do processo ou transação penal) do modelo consensual brasileiro discute a questão da culpabilidade do suposto agente da ação delituosa, prova inequívoca desse fato é que

⁴⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Juizados especiais criminais**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1996.

⁴⁷ Não temos a menor pretensão de fazer uma análise comparativa entre tais institutos do direito estrangeiro. Existe uma quantidade de obras que levam a termo tal feito.

⁴⁸ Cf. VOGLER, Richard. Justiça consensual e processo penal. In: CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai. (Org.). **Processo penal e Estado de direito**. Campinas: Edicamp, 2002. p. 284.

revogada a suspensão ou a transação abre-se oportunidade para que o titular da ação penal possa recomeçar o processo elaborando a correlata denúncia ao Judiciário.

Geraldo Prado em seu livro “Elementos para uma análise crítica da transação penal” aponta um verdadeiro desvirtuamento que ocorre no âmbito dos Juizados Especiais Criminais no que concerne à transação penal. Aponta que normalmente a transação é levada a efeito pelos técnicos do Judiciário que se utiliza de formas prescritas pelos juízes ou pelo Ministério Público, ou seja, coloca a consensualidade que deveria guiar a transação como um verdadeiro contrato de adesão a ser assinado não se levando em conta a particularidade de cada de caso.⁴⁹

Duas pontuações colocadas por Geraldo Prado nos parecem de muita importância para o aperfeiçoamento da transação penal. A transação penal desenvolve-se totalmente a mercê da vítima, isto é, o Ministério Público e o suposto autor do fato é que participam da consensualmente da sua prática. A vítima não aparece e nem desenvolve qualquer tipo de influência. Outro ponto enfocado pelo autor é que muitas das infrações que são abarcadas pela Lei dos Juizados Especiais Criminais deveriam ser descriminalizadas ou invés de simplesmente despenalizadas.⁵⁰ Quanta a esta opinião, também estamos plenamente de acordo. Só pontuamos que um dos maiores problemas das sociedades pós-industriais é a falta de mecanismos para a resolução de conflitos de ordem interindividual principalmente aqueles mais cotidianos. Nesse sentido, ainda que não seja o ideal o recurso aos Juizados a fim de evitar problemas maiores, pode ser o início de uma prática capaz de reconhecer a necessidade de diálogo e escuta do outro. Para, além disso, na seção seguinte abordar-se-á Justiça Restaurativa que talvez seja capaz de proporcionar esse mecanismo de diálogo.

Concordamos que a questão da descriminalização de condutas é primordial, mas se ainda o atual estágio de lutas políticas, judiciárias e doutrinárias não conseguiram alcançar tal feito existe duas opções: deixar a mercê de uma penalização ou adotar os mecanismos de despenalizações enquanto estratégia alternativa intermediária.

A pretensão punitiva em um Estado Democrático de Direito deve ser sempre norteada por princípios basilares como a presunção de inocência, o contraditório e a verdade real. Nestes termos, quando a Lei n. 9.099/95 estabelece a aplicação imediata de pena restritiva de direito ou multa torna-se inafastável a ideia de afronta a tais princípios comumente

⁴⁹ PRADO, Geraldo. **Elementos para uma análise crítica da transação penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 196.

⁵⁰ Ibid., p. 157.

alardeados, como os brocardos jurídicos *nulla poena sine judicio* ou *nulla poena poena sine culpa*.

Alguns autores assinalam que a proposta da transação penal pelo Ministério Público seria o próprio exercício da ação penal, pois tem de atribuir uma conduta e fazer juízo de tipicidade até para saber se é uma infração de menor potencial ofensivo. E, portanto, não de violaria o devido processo legal, porque este seria o devido processo legal.⁵¹

Contudo, não parece ser tal saída uma verdadeira para uma crítica tão importante. Para demonstrar a constitucionalidade do dispositivo é necessário primeiramente entender que a transação penal não é alternativa ao pedido de arquivamento, mas algo que pode ocorrer somente nas hipóteses em que o Ministério Público entenda que deva o processo penal ser instaurado.⁵² O Ministério Público só poderá transacionar se tiver convencimento que não se trata de caso de arquivamento.

Legitimando o presente entendimento analisa-se a transação penal enquanto pressuposto de validade para o exercício da relação processual e seria, portanto um dos elementos necessários à constituição válida da relação processual, cuja falta impede o juiz de pronunciar uma decisão sobre o mérito. Assim, a proposta de transação é, no processo penal, um pressuposto de constituição da relação processual, e, no direito penal, um direito subjetivo.⁵³

Marcos Paulo Dutra Santos aponta que muitas das críticas a constitucionalidade do presente instituto reside no fato de o art. 76 da Lei n. 9.099/95 mencionar a palavra pena. Para o autor tal expressão foi utilizada de maneira totalmente atécnica uma vez que a sanção imposta na transação nada tem a ver com uma pena. Assim:

[...] sustentamos que a transação penal nada mais é do que um acordo celebrado entre o Ministério Público e o autuado, segundo o qual o primeiro deixa de exercer a ação penal, desde que o segundo cumpra certas regras de conduta. Observadas estas, extingue-se a punibilidade, arquivando-se o termo circunstanciado. Inadimplida a transação, o Parquet denunciaria o suposto autor do fato. Mediante essa interpretação desenvolvida pelo STF, conforma-se a transação penal à Constituição e às exigências processuais individuais nela insculpidas. Frizes-e associar a transação à imposição de uma pena é inteiramente ilógico e desarrazoado, pois conduz à conclusão de que a lei reservou aos crimes de pequeno menor potencial ofensivo uma solução mais rigorosa – imposição de uma penal criminal – do que a prevista

⁵¹ JARDIM, Afrânio Silva. **Ação penal pública**: princípio da obrigatoriedade. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 382.

⁵² GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Juizados especiais criminais**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1996. p. 123.

⁵³ SOUZA NETTO, José Laurindo de. **Processo penal**: sistemas e princípios. Curitiba: Júrua. 2003. p. 170.

para os crimes de média ofensividade – suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei n. 9.009/95), que não implica condenação criminal alguma.⁵⁴

Soma-se a estes argumentos o fato já observado quando do comentário sobre o princípio da oportunidade e diversificação, a não inconstitucionalidade, uma vez que o pleno exercício dos direitos e garantias fundamentais pode ser expresso dentro de sua dimensão negativa.

Assunto por deveras importante para o estudo do tema ora em análise, diz respeito a possibilidade de transação penal na ação penal de iniciativa privada o assunto que não é pacífico na doutrina.

Para Eduardo Araujo da Silva:

[...] não é possível proposta de transação penal por parte do querelante ou de ser representante legal, em se tratando de crimes de ação penal de iniciativa privada. A lei é clara e somente faz referência a iniciativa do representante do Ministério Público, quando se cuidar de ação penal pública. tal restrição é salutar, pois visa evitar que o inovador instituto seja utilizado como instrumento de vingança privada.⁵⁵

Em que pese a opinião do referido autor, não nos parece ser o encaminhamento correto da questão a luz dos atuais estudos vitimológicos e abolicionista abordados no presente dissertação que tem demonstrando que a vítima é bem menos vingativa do que se pensa. Dentro do novo espaço que vem sendo conferido às vítimas de crimes, proporcionando maior participação no âmbito do processo penal, não vemos problema algum na possibilidade de participação da vítima e de seu advogado na formulação da proposta transacional.

De fato a lei é omissa quanto à possibilidade de oferecimento da proposta de transação na ação penal de iniciativa privada. Proibição nesse sentido acarretaria violação do princípio da isonomia. É mesmo um contra senso imaginar tal proibição uma vez que o ofendido pode perder de entrar com ação e depois perdoar ou desistir de processar o querelado. Não faz sentido que não se possa transacionar o querelante. Nesse sentido a doutrina tem sido quase unanime.⁵⁶

⁵⁴ SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Transação penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2006. p. 194.

⁵⁵ SILVA, Eduardo Araújo da. **Ação penal pública: princípio da oportunidade regrada**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 112.

⁵⁶ Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Juizados especiais criminais**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1996. p.163; MACHADO, Antonio Alberto. **Curso de processo penal**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 342.

Ressalta-se que:

Para coibir abusos, a atividade do juiz revele-se fundamental, no sentido de zelar pela proporcionalidade. Assim, deve o magistrado ponderar com os interessados para que se alcance um bom termo e, no caso de multa, recorrer também ao art. 76, §1º, da Lei n. 9.099/95, que permite a redução até metade.⁵⁷

Dentro do campo da instauração do consenso no âmbito do sistema penal muito se tem fadado a respeito da Justiça Restaurativa. Da comparação entre o modelo restaurativo e o modelo consensual percebe-se que existem alguns aspectos em comum, notadamente no que se refere à posição de maior destaque conferida a vítima e a participação das pessoas envolvidas na infração. Em ambos os casos, buscam-se mecanismos punitivos menos estigmatizantes e que favoreçam a reintegração social do infrator. Entretanto os objetivos do modelo consensual quando comparados à Justiça Restaurativa tem propósitos bem mais modestos.⁵⁸

A Justiça Restaurativa parece ser um passo na direção de um modelo de justiça reparador e restitutivo de solução do conflito, em claro contraponto ao modelo punitivo de decisão do conflito que na verdade não resolve apenas suspende o conflito no tempo. A extensão de modelos de solução do conflito amplia o número de conflitos resolvidos e melhora a coexistência, ao passo que o modelo decisório estendido à margem de atos unilaterais do exercício do poder, resolve menos conflitos e deteriora a coexistência.⁵⁹

4.2 Justiça Restaurativa

Os antecedentes históricos da Justiça Restaurativa remontam a sociedades pré-estatais, sendo observadas suas práticas nas tradições maoris (nativos da Nova Zelândia) e samoanas e nas civilizações árabe antiga, grega e romana. O surgimento da Justiça Restaurativa não se dá de forma pontual e isolada, visto que os caminhos percorridos tem contributos da criminologia crítica, da vitimologia, do modelo de resolução de sociedades autóctones e do abolicionismo penal. No transcurso da história, práticas, que hoje temos por restaurativas, sempre existiram como alternativa na resolução de conflitos, de forma alternativa

⁵⁷ LEITE, Rosimeire Ventura. **Justiça consensual**: efetividade do processo penal. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. p. 176.

⁵⁸ Ibid., p. 60.

⁵⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. **Direito penal brasileiro**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. v. 1. p. 101.

propriamente dita ou mesmo como modelo tradicional de resolução do conflito em algumas sociedades.⁶⁰

O modelo restaurativo de justiça encontra na verdade uma série de influências em suas atuais concepções, principalmente do movimento vitimológico, posteriormente ao abandono de concepções vinculadas a um exacerbado positivismo jurídico, que por vezes, foi levado a uma proximidade com o movimento da Lei e da Ordem.

Em consonância, a Vitimologia em sua origem no contexto histórico da II Guerra Mundial, também é naturalmente vocacionada a atribuir um caráter humanitário na participação da vítima no processo penal. Assim, tornando-o garantidor, acolhedor e reparador na resposta ao delito, contemplando a esfera pessoal, moral, psicológica e econômica na reparação da vítima, para assim cumprir uma missão humana e restauradora.⁶¹

Outrossim, a corrente abolicionista suscitada nos anos 80 do século passado, a fim de romper com o sistema prioritariamente punitivo do direito penal, também ofereceu suas contribuições na medida em que propunha formas de justiça participativa/ comunitária em substituição a decisões opressivas. Na perspectiva de Nils Christie e Louk Hulsman o sistema penal era responsável por impor dor, produzir sofrimento e destruir as relações comunitárias, sendo que o sistema penal representa quase que completa ineficácia na solução de conflitos.⁶²

O marco inicial da Justiça Restaurativa em sua concepção contemporânea e, entendendo, por isso, o aprimoramento ou alterações legislativas que tenham por escopo fundamental estabelecer uma posição jurídica para com a vítima, dando mais atenção a suas expectativas no processo penal ou mesmo proporcionar alternativas não penais na resposta aos conflitos sociais que eclodem na sociedade. Nesse sentido, pode-se destacar o exemplo canadense que em 1975, a *Law Reform Commission* desse país propôs em certos tipos de

⁶⁰ É o caso, por exemplo, que Raúl Cervini, retrata como prática restaurativa, mas que na verdade é o modelo tradicional de resolução do conflito na sociedade retratada: Em uma sociedade aborígine no sudoeste das Filipinas, onde os poucos casos de violência sexual, são tratados de forma muito diferente do modelo convencional. Em um primeiro plano a mulher violentada é afastada dos olhares curiosos de todos outros membros da comunidade recebendo todos os cuidados necessários, esse fato tem por objetivo de evitar toda a mortificação e os olhares curiosos da sociedade, em nossa sociedade poderia se falar que essa atitude visa diminuir ao máximo as consequências da vitimização secundária. Em um segundo momento as famílias da jovem violada e do violador estabelecem um contato, elegendo em comum um ancião para realizar tal contato. Desta forma independente da atitude do violador a vítima recebe da família deste toda forma de assistência possível, chegando inclusive a ser tratada como membro da família. Essas atitudes têm por finalidade minimizar ao máximo possível eventuais atitudes hostis contra a família do violador, bem como diminuir o estigma causado a mulher violentada, proporcionando ou abrindo caminho caso seja viável e querido eventuais manifestações de reparação entre vítima e ofensor. (CERVINI, Raul. **Os processos de descriminalização**. 2. ed. São Paulo: Ed. RT. 1995. p. 241).

⁶¹ BERISTAIN, Antonio. Processo penal y victimas: pasado, presente y futuro. In: ALFARO, Luis Miguel Reyna. (Org.). **Derecho, proceso penal y victimologia**. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 2003. p. 485.

⁶² Esses temas foram trabalhados nas seções: “2.3 Contributo vitimológico para ciências criminais” e “3.1.1 Fundamentações criminológicas”.

delitos que ocorressem na esfera familiar ou no meio social circundante, como resultado de uma clara interação entre vítima e infrator. Inicialmente, tentar-se-ia uma compensação em instâncias informais envolvendo o tribunal, Ministério Público, autor e vítima. Nesse programa, tentava-se chegar a uma solução do conflito que fosse aceitável para todos os intervenientes, a qual poderia ser prestação de serviços comunitários, participação em conselhos, tratamentos, acordos etc.

Outro importante marco teórico e legislativo de adoção de práticas restaurativas é o modelo neozelandês de justiça que nos remete, sobretudo, a uma prática autóctone de modelo de resolução de conflitos.

O movimento da Nova Zelândia é um movimento que é independente⁶³ e foi originado a partir da grande insatisfação na comunidade maori pela maneira com que eles e seus jovens eram tratados pelas agências estatais e pelo sistema de justiça criminal. As famílias maoris (*whanau*) e os enormes grupos tribais (*hapu*) não se sentiam considerados pelos processos convencionais dos tribunais. Os jovens transgressores recebiam sanções sem sentido e eram autorizados a voltar a suas atividades normais e, assim, voltar a cometer infrações, ou eram recolhidos a estabelecimentos punitivos que os privava de qualquer influência social positiva de suas famílias. Para os maoris, a família (*whanau*) é fundamental para a identidade e autoestima, e, assim, buscaram formas pelas quais os *whanau* pudessem realizar um papel expressivo na reabilitação e reintegração dos menores infratores.⁶⁴

Deste descontentamento, desenvolveu-se um longo processo de consultoria que resultou no *Puao-te-Atutu Report (Relatório Puao-te-Atutu)* de 1986. Isso, por sua vez, resultou na criação, em 1989, da Lei das Crianças, Jovens e suas Famílias, uma lei que exigiu que todos os jovens infratores fossem conduzidos para os encontros restaurativos com grupos de familiares (*family group conferences*).⁶⁵

No cenário brasileiro, o modelo de práticas restaurativas ainda é incipiente. Historicamente, destacam-se três projetos, apoiados pela Secretaria de Reforma do Judiciário e do PNUD (Programa das Nações Unidas Para o Desenvolvimento). Estes são desenvolvidos em São Caetano do Sul/SP; Porto Alegre/RS, ambos envolvendo apenas crianças e tendo

⁶³ Independente refere-se ao fato de que ele é colocado no debate político e tratado como exigência dos cidadãos, e não necessariamente imposto pelo governo, judiciário, acadêmicos etc. Deste modo não foge o fato de que há clara evidência de um modo de pluralismo jurídico que o direito estatal se vê obrigado a aceitar.

⁶⁴ MARSHALL, Chris; BOYACK, Jim; BOWEN, Helen. Como a justiça restaurativa assegura a boa prática: uma abordagem baseada em valores. In: SLAKMON, Catherine; VITTO, Renato Campos Pinto de; GOMES PINTO, Renato Sócrates. (Org.). **Justiça restaurativa**. Brasília, DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, 2005. p. 267.

⁶⁵ Ibid.

como base as áreas da Infância e Juventude; e em Brasília/ DF, funcionando no Juizado Especial Criminal do Núcleo Bandeirante, lidando com adultos.

Em observância a sua historicidade, tendências e suas inegáveis influências abolicionistas, pode-se afirmar que a Justiça Restaurativa em sua ampla concepção, propõe um novo olhar sobre a vítima e o infrator de modo a encará-los dentro de uma perspectiva que enaltece a dignidade humana, corroborando para o empoderamento das partes e da sociedade diretamente atingida como forma e atitude de resolução dos conflitos, a fim de alcançar uma solução que supra as necessidades para além das circunstâncias objetivas e hedonistas envolvidas no delito.

O modelo de Justiça Restaurativa prima em suas etapas por um processo de conciliação, de participação manifestada voluntariamente pelos envolvidos, no qual o objetivo central é permeado pela reparação dos danos, contextualizados na vivência do delito sob a ótica dos seus condicionantes sociais, psicológicos, econômicos, biológicos e culturais. Visa, portanto, que a vítima sintá-se reparada na plenitude dos danos causados e que o ofensor possa ter a reintegração como uma alternativa concreta.

Nesse sentido, Pedro Scuro Neto define Justiça Restaurativa:

Fazer justiça do ponto de vista restaurativo significa dar resposta sistemática às infrações e a suas conseqüências, enfatizando a cura das feridas sofridas, pela sensibilidade, pela dignidade ou reputação, destacando a dor, a mágoa, o dano, a ofensa, o agravo causado pelo malfeito, contando para isso com a participação de todos os envolvidos (vítima, infrator, comunidade) na resolução dos problemas (conflitos) criados por determinados incidentes. Práticas de justiça com objetivos restaurativos identificam os males infligidos e influem na sua reparação, envolvendo as pessoas e transformando suas atitudes e perspectivas em relação convencional com sistema de Justiça, significando, assim, trabalhar para restaurar, reconstruir; de sorte que todos os envolvidos e afetados por um crime ou infração devem ter, se quiserem, a oportunidade de participar do processo restaurativo.⁶⁶

E o autor Gomes Pinto poderá que seja um espaço:

[...] de um processo estritamente voluntário, relativamente informal, a ter lugar preferencialmente em espaços comunitários, sem o peso e o ritual solene da arquitetura do cenário judiciário, intervindo um ou mais mediadores ou facilitadores, e podendo ser utilizadas técnicas de mediação, conciliação e transação para se alcançar o resultado restaurativo, ou seja, um

⁶⁶ SCURO NETO, Pedro. **Sociologia geral jurídica**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 279.

acordo objetivando suprir as necessidades individuais e coletivas das partes e se lograr a reintegração social da vítima e do infrator.⁶⁷

A fim de delimitar em âmbito internacional o modelo restaurativo de justiça, o Conselho Social e Econômico da Organização das Nações Unidas (ONU), em seu documento Princípios Básicos do Uso de Programas de Justiça Restaurativa em Questões Criminais, elaborado por meio da Resolução 2002/12, define os principais termos:

1. “Programa de justiça restaurativa” significa qualquer programa que use processos restaurativos e busque obter resultados restaurativos.
2. “Processo restaurativo” significa qualquer processo onde a vítima e o infrator e, se apropriado, quaisquer outros indivíduos ou membros da comunidade afetados por um crime, participem conjunta e ativamente na resolução dos problemas decorrentes do crime, em geral com a ajuda de um facilitador. O processo restaurativo pode incluir a mediação, conciliação, e transação penal.
3. “Resultado restaurativo” significa um acordo obtido como resultado de um processo restaurativo. Resultados restaurativos incluem respostas e programas como reparação, restituição e serviço comunitário, visando atender necessidades individuais e coletivas e responsabilidades das partes e alcançar a reintegração da vítima e do infrator.
4. “Partes” significa a vítima, o infrator e quaisquer outros indivíduos ou membros da comunidade afetados pelo crime que possam estar envolvidos em um processo restaurativo.
5. “Facilitador” significa uma pessoa cujo papel é facilitar, de modo imparcial e justo, a participação das partes no processo restaurativo.⁶⁸

Sendo assim, a Justiça Restaurativa parte do pressuposto de que o crime não se restringe a um ato contra uma pessoa, que será representada pelo Estado; é um ato que poderá causar danos coletivos e nos relacionamentos das pessoas. Logo, a resolução do conflito deve alcançar essas vertentes.

Outro aspecto que se revela de suma importância no que concerne ao conceito de Justiça Restaurativa é o fato de abarcar, em seu desenvolvimento, o dado realístico que diversas vezes de forma proposital ou mesmo dissimulada passa despercebido por grande parte dos atores envolvidos no sistema de justiça criminal que é o fato de que o crime é muitas vezes ocasionado pela não concretização de elementos básicos para o desenvolvimento de uma vida digna, ou seja, ele ocorre pela não concretização de direitos humanos fundamentais.

⁶⁷ GOMES PINTO, Renato Sócrates. Justiça Restaurativa é possível no Brasil? In: SLAKMON, Catherine; VITTO, Renato Campos Pinto de; GOMES PINTO, Renato Sócrates. (Org.). **Justiça restaurativa**. Brasília, DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, 2005. p. 20.

⁶⁸ BRASIL. Ministério da Justiça. **Normas e Princípios das Nações Unidas em Matéria de Prevenção ao Crime e Justiça Criminal**. Brasília, DF: Secretaria Nacional de Justiça, 2009. p. 128.

A justiça restaurativa também enfatiza os direitos humanos e a necessidade de reconhecer o impacto de injustiças sociais ou substantivas e de alguma forma resolver esses problemas – ao invés de simplesmente oferecer aos infratores uma justiça formal ou positivada e, às vítimas, justiça alguma. Dessa forma, seu objetivo é a restituir à vítima a segurança, o auto-respeito, a dignidade e, mais importante, o senso de controle. Objetiva, além disso, restituir aos infratores a responsabilidade por seu crime e respectivas conseqüências; restaurar o sentimento de que eles podem corrigir aquilo que fizeram e restaurar a crença de que o processo e seus resultados foram leais e justos. E, finalmente, a justiça restaurativa encoraja um respeito e sensibilidade pelas diferenças culturais, e não a preponderância de uma cultura sobre outra.⁶⁹

As doutrinas que regem a Justiça Restaurativa como melhor modelo para resolução de conflitos, na qual se considera a intervenção da comunidade, a responsabilização do infrator, a inclusão social e a etapa decisória não coercitiva, apontam para elementos básicos que são pautados em três conceitos centrais. São eles: responsabilização, restauração, reintegração.⁷⁰

Deste modo, pode-se afirmar que a Justiça Restaurativa tem escopos fundamentais que enfatizam a necessidade de reafirmação dos direitos humanos e o reconhecimento de que as injustiças sociais podem ocasionar graves distúrbios na convivência social. Desta feita, na sua abordagem, tenta de alguma forma resolver os problemas ao invés de simplesmente oferecer aos infratores uma justiça formal na qual o conflito é simplesmente decidido por um terceiro imparcial e a vítima rara ou nenhuma vez é considerada. A abordagem restaurativa poderá, de fato, lograr êxito uma vez que encoraja o respeito e a sensibilidade pelas diferenças culturais, e não a superioridade de uma cultura sobre outra. Não seria desarrazoado falar em uma modelo de justiça com viés de elementos e razões para se buscar a alteridade no outro.

Para tanto, a Justiça Restaurativa em sua execução não pode ser engessada, visto que especificidades devem ser consideradas entre países, populações e comunidades. Sendo assim, não há o melhor método para implementá-la. Existe uma gama de práticas restaurativas que podem ser moldadas de acordo com a realidade local. Discute-se, também, qual o momento que a Justiça Restaurativa deve ser aplicada; no plano teórico, existem pelo menos quatro momentos das fases do iter processual: a fase pré-processual, a fase processual propriamente dita, a etapa de decisão do juízo e, por último, a fase de aplicação da sanção, salientando que não são encontradas práticas restaurativas isoladas do processo penal retributivo e sim o viés

⁶⁹ MORRIS, Alisson. Criticando os Críticos: uma breve resposta aos críticos da justiça restaurativa. In: SLAKMON, Catherine; VITTO, Renato Campos Pinto de; GOMES PINTO, Renato Sócrates. (Org.). **Justiça restaurativa**. Brasília, DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, 2005. p. 442.

⁷⁰ SILVA, Maria Coeli Nobre da. **Justiça de proximidade (restorative justice)**: instrumento de proteção dos direitos humanos para a vítima. Curitiba: Juruá, 2009. p. 131.

da Justiça Restaurativa neste modelo. Na Resolução 2002/12 da ONU, é ratificado que, sendo a participação voluntária, as práticas restaurativas podem acontecer em qualquer fase do processo.⁷¹ No entanto, a experiência brasileira em Porto Alegre/RS, indicou que a prática restaurativa deve preceder a medida socioeducativa, a fim até mesmo, de substituí-la e trazer maior satisfação dos envolvidos.⁷²

A posição da vítima para a justiça retributiva é de papel secundário. Seus interesses são representados pelo Estado, que atuará no processo penal com o intuito principal de punir, banindo ameaças por meio de “castigos”, em que se almeja principalmente a privação de liberdade do ofensor. A vítima neste processo é eximida de qualquer aprofundamento de significação. É entendida apenas por alguém que pede justiça pelos atos danosos a que foi submetida, justiça conduzida pela repressão e pelo sofrimento do infrator. Durante o processo, nenhuma das partes tem voz ativa, tampouco os familiares e a comunidade envolvidos. Há, então, a marginalização destes no processo penal. Sendo assim, o resultado é precário na compreensão das representações sociais dos atores em relação ao crime e pouco efetivo na reintegração do infrator na sociedade.⁷³

Ao se tratar da Justiça Restaurativa o crime é visto como um dano causado não só a uma pessoa representada pelo Estado. Cabe, portanto, a todos aqueles que estão de alguma forma envolvidos trabalharem juntos para a pacificação do conflito, de modo que a paz e coesão social sejam mantidas. Neste caso, não somente a vítima e o ofensor, como também os familiares e a comunidade terão participação ativa de modo que serão os protagonistas na resolução do caso, seja qual for a prática restaurativa adotada. O processo conduzido pela Justiça Restaurativa prima pela responsabilização do agente causador do dano, porém para este é dada a oportunidade de repará-lo pela demanda direta da vítima, na substituição de penas restritivas por penas alternativas, proporcionais aos danos e muitas vezes satisfatórias para ambos e por fim também eficaz para o Estado.

Sempre que se pensa no modelo de justiça restaurativo irremediavelmente encontram-se alguns paradoxos que ao invés de ter como consequência desestimular qualquer ação, funcionam como incentivo para novas abordagens, questionamentos e soluções para as várias dificuldades que surgem na adoção do paradigma restaurador.

⁷¹ BRASIL. Ministério da Justiça. **Normas e Princípios das Nações Unidas em Matéria de Prevenção ao Crime e Justiça Criminal**. Brasília, DF: Secretaria Nacional de Justiça, 2009. p. 131.

⁷² PALLAMOLLA, Rafaela da Porcincula. **Justiça restaurativa: da teoria à prática**. São Paulo: IBCCRIM, 2009. p. 129.

⁷³ SCURO NETO, Pedro. **Sociologia geral jurídica**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 277.

Exemplo desse paradoxo é que, de fato, como afirmamos no Capítulo 3, a diminuição do sistema punitivo, e, por conseguinte de sua violência intrínseca e institucional só ocorre na medida em que a resolução do conflito se estabelece fora do âmbito do poder verticalizador dos modelos decisórios de solução de conflitos.

Por outro lado, é cediça, nesse momento, uma ponderação que muitos críticos e mesmo outros incentivadores da proposta restaurativa realizam: que é o fato de que ao colocá-la totalmente fora do sistema de justiça formal esta restaria reduzida a um número pequeno de causas, que nem mesmo chegariam às instâncias formais de controle social, não fosse pela seleção de casos a serem colocados sob o manto do modelo restaurativo. Isto poderia ter como consequência uma expansão das redes de controle social, ou seja, ao invés de uma diminuição de casos submetidos aos tribunais poderia na verdade ocorrer um aumento.

Corroborando para uma preocupação muito próxima da estabelecida acima Mylène Jaccoud⁷⁴ identifica três orientações dentro da Justiça Restaurativa.

A primeira delas é um modelo centrado nas finalidades, isto é, um modelo direcionado para correção das consequências; as finalidades restaurativas são centrais e prioritárias e para tanto os processos restaurativos são secundários. Não seria espantoso que os partidários deste modelo não se coloquem contra uma atitude pró-ativa de um juiz que poderia impor alguma sanção restaurativa para atingir determinada finalidade no caso de alguma das partes se recusar a participar de uma negociação ou mesmo no caso de partes desconhecidas, ausentes ou falecidas.

A segunda orientação é o modelo de Justiça Restaurativa centrado nos processos, ou seja, as finalidades são colocadas em segundo plano. Nessa concepção, todo processo motivado para a participação das pessoas ligadas pela situação-problema, incluídos os membros da comunidade, é um modelo restaurativo, ainda que a finalidade de medida imposta possa vir a ter um cunho retributivo.

Por fim, apresenta-se o modelo centrado em processos e nas finalidades; para os partidários de tal modelo a Justiça Restaurativa às vezes comportaria tanto uma abordagem que vise processos de negociação, bem como outra preocupada com as finalidades restaurativas. Este é o modelo mais purista que exigiria das partes boa vontade para que o problema fosse encaminhado para os programas restaurativos.

⁷⁴ JACCOUD, Mylène. Princípios, tendências e procedimentos que cercam a justiça restaurativa. In: SLAKMON, Catherine; VITTO, Renato Campos Pinto de; GOMES PINTO, Renato Sócrates. (Org.). **Justiça restaurativa**. Brasília, DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, 2005. p. 170.

Para a autora somente o primeiro e o terceiro modelo podem ser considerados modelos de Justiça Restaurativa uma vez que são identificados dentro de uma perspectiva maximalista, e, portanto, capaz de ampliar o espectro de ação e transformar a racionalidade penal, inclusive desfazendo a ideia de que a Justiça Restaurativa se resumiria a encontros entre vítima e infratores. Essa conclusão se assenta em uma importante diferenciação sobre o modo de aplicação da Justiça Restaurativa que pode ser vista sobre duas perspectivas quais sejam: a perspectiva maximalista e a minimalista.

A perspectiva minimalista do modelo de justiça restaurativo aproxima-se de uma concepção diversionista, ou seja, para estes a Justiça Restaurativa deve convocar exclusivamente de forma voluntária as partes, para que estas participem da intervenção restaurativa. Ainda nessa perspectiva, o Estado ficaria afastado da administração dos casos submetidos aos processos restaurativos, e, como decorrência, o modelo restaurativo funcionaria como alternativa real ao sistema de justiça estatal.

A perspectiva maximalista pode ser entendida dentro de uma ótica na qual o lugar de aplicação da Justiça Restaurativa tem por objetivo primordial romper com a lógica punitivista do sistema penal de dentro para fora, ou seja, os partidários da posição maximalista entendem que para haver uma mudança dentro do atual modelo do sistema penal, dito retributivo, a Justiça Restaurativa deve ser integrada no âmbito dos sistemas formais do controle penal. O principal argumento destes reside no fato de que ao deixar o modelo restaurativo a processos estritamente voluntários poder-se-iam confinar a aplicação da Justiça Restaurativa, a pequenas causas, ou a de situações em que anteriormente não se vislumbraria socorrer de qualquer forma disponível para a resolução de uma situação problema. A perspectiva minimalista, portanto, colaboraria para um aumento da rede de controle social.

Para Mylène Jaccoud a posição maximalista:

[...] sugere uma transformação das práticas do sistema de justiça e, assim, uma integração dos princípios restaurativos na aplicação do controle sócio-penal, tanto à montante quanto à jusante do sistema de justiça. É neste ponto que, no meu entendimento, os contornos da justiça restaurativa permanecem mais fluidos. Esta imprecisão vem de uma incompreensão da perspectiva maximalista. Em uma perspectiva maximalista, o sistema de justiça, mantendo inteiramente seu caráter coercitivo, substitui a finalidade punitiva da sanção por uma finalidade restaurativa.⁷⁵

⁷⁵ JACCOUD, Mylène. Princípios, tendências e procedimentos que cercam a justiça restaurativa. In: SLAKMON, Catherine; VITTO, Renato Campos Pinto de; GOMES PINTO, Renato Sócrates. (Org.). **Justiça restaurativa**. Brasília, DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, 2005. p. 180.

Superada a divergência quanto uma abordagem maximalista ou minimalista da Justiça Restaurativa, acredita-se que nenhuma dessas abordagens parece resultar em algum êxito, mas, em um modelo híbrido entre essas duas perspectivas. Os teóricos restaurativos tem desenvolvido alguns enfoques no que diz respeito à forma de aplicação da Justiça Restaurativa. Entre essas abordagens pode-se destacar os modelos que se passa a expor.

Como mencionado, as práticas restaurativas não ocorrem somente de uma forma, há diversas práticas restaurativas que serão conduzidas por demandas para além daquelas objetivas, expressas em espaço físico e emocional favoráveis, como aborda o autor Raye e Roberts:

[...] adaptações também são estimuladas pela crescente sensibilidade a questões de raça, gênero, classe, dinâmicas do poder e preconceitos culturais, sobre como correntes modelos estão sendo aplicados no contexto cultural ocidental e nos sistemas judicial e de resolução alternativa de conflitos.⁷⁶

Para o teórico restaurativo Jonh Braithwaite, haveria os chamados *constraining standards*, *maximising standards* e *emergent standards*. Os primeiros são conceitos básicos para a aplicação do processo restaurativo, dados pelos princípios da não-dominação, do empoderamento, observância dos limites previstos pelo sistema legal, escutar respeitoso, igual consideração para todos os envolvidos, *accountability* (apelabilidade), respeito aos direitos humanos. Por sua vez os *maximising standards*, apesar de não vinculativos como os mencionados, devem ser elevados à valores desejáveis na resolução do conflito, dentre eles: restauração da dignidade humana, da propriedade, da segurança/ dano físico/ saúde, das relações humanas, das comunidades, do meio ambiente, emocional, da liberdade, da compaixão/ cuidado com o próximo, da paz, do senso de dever como cidadão, provisão de suporte para desenvolver ao máximo as capacidades humanas e prevenção de injustiças futuras. Já os *emergent standards* surgiriam como demanda espontânea das partes, por isso não devem ser incentivados de maneira forçosa, como aspectos obrigatórios. Seriam eles: remorso, pedido de desculpas, censura do ato, perdão do ofensor e compaixão.⁷⁷

Jonh Braithwaite, além dos elementos citados, estabelece na sua teoria que a reintegração do ofensor ocorre da melhor forma pela chamada *reintegrative shaming* – vergonha reintegrativa. Ele alega que as sociedades de menor (re)incidência de crimes são

⁷⁶ RAYE, Barbara; ROBERTS, Ann Warner. Restorative processes. In: JOHNSTONE, Gerry; VAN NESS, Daniel W. (Ed.). **Handbook of restorative justice**. Cullompton. Portland: Willan Publishing, 2007. p. 216.

⁷⁷ BRAITHWAITE, John. Setting standards for Restorative Justice. **British Journal of Criminology**, Canberra, v. 42, n. 3, p. 563-577, jun. 2002.

aquelas nas quais a vergonha pelo ato é concebida culturalmente. No entanto, o autor não denota a vergonha como negativa e degradante, mas acredita que pode colaborar significativamente para reintegração do ofensor, superando ações punitivas. Contudo, ainda há controvérsias na adoção da *reintegrative shaming* de forma generalizada em modelos restaurativos, pois as circunstâncias do processo, bem como as diferenças sociais e culturais de comunidades e populações podem influenciar para que os resultados não sejam os esperados. Pode acontecer, por exemplo, da vítima se utilizar deste processo para estigmatizar o infrator pela vergonha, movida por sentimentos de vingança compensatória.⁷⁸

Entre os principais tipos de programas e/ou práticas restaurativas destacam-se algumas entre aquelas de maior utilização, a fim de identificar o papel da vítima, comunidade, família e sociedade tendo por base à importância que cada um desses atores desenvolve durante o processo. Para tal feito, considera-se as seguintes práticas: mediação entre vítima e ofensor (*victim-offender mediation*), conferências de família (*family group conferencing*), círculos restaurativos (*sentencing circles*) e a reparação do dano.

Na chamada mediação vítima-ofensor, os participantes centrais serão a vítima, o ofensor e um facilitador capacitado para colaborar na condução do encontro. Nesta ocasião a ferramenta principal é o diálogo, visto que na conversa suscitará as vivências das partes com relação ao delito. Não é uma discussão, um enfrentamento, ou até mesmo uma “lavagem de roupa suja”, e sim, uma possibilidade de falar e ouvir o acontecimento sob a ótica do outro, numa posição empática que deve ser incentivada pelo facilitador. Este processo propõe-se a que os implicados se encontrem em espaço seguro, estruturado e capaz de facilitar o diálogo.⁷⁹

O encontro prévio do mediador com a vítima e o ofensor ocorre para que ele averigue as possibilidades de resolução do conflito a fim de alcançar a melhor forma de reparação da vítima e reintegração do infrator. Segundo Melo, no processo,

[...] as partes envolvidas no conflito são auxiliadas pelo mediador a expor seu ponto de vista sobre a questão, ouvir e entender os pontos de vista do outro, encontrar pontos de interesse comum e negociar acordos para obter resultados mutuamente aceitáveis. O mediador explora os benefícios da escuta entre os mediados, exercitando a sua própria escuta para identificar e ampliar pontos

⁷⁸ BRAITHWAITE, John. Setting standards for Restorative Justice. **British Journal of Criminology**, Canberra, v. 42, n. 3, p. 563-577, jun. 2002.

⁷⁹ PALLAMOLLA, Rafaela da Porcincula. **Justiça restaurativa: da teoria à prática**. São Paulo: IBCCRIM, 2009. p. 107-110.

do diálogo onde haja sinais de fortalecimento individual úteis para esclarecer e tomar decisões.⁸⁰

Será dada ênfase nas informações que favoreçam a aproximação das partes, sob uma visão holística do crime, sendo que o processo restaurativo visa o rompimento do estereótipo e o estigma de vítima e delinquente. O diálogo direto irá facilitar a desmistificação do ato danoso e o processo de reparação.⁸¹

A decisão tomada visa atender as demandas objetivas e subjetivas, visto que o processo ocorre baseado na participação ativa das partes. É até desaconselhável que representantes legais participem substancialmente, de modo que devem ser ouvidos em poucas situações. A vítima tem participação ativa. Protagoniza o processo na etapa decisória e pode expressar seus anseios perante os danos sofridos. No entanto, o facilitador deve estar atento para que não haja margem para uma postura de superioridade da vítima em relação ao infrator.

A conferência de família teve como experiência precursora a neozelandesa no caso de jovens infratores no ano de 1989. Ela difere da mediação entre vítima e ofensor, na medida em que a participação de familiares, amigos, professores, em suma apoiadores de ambas as partes é incentivada, pode participar também a polícia e agentes de liberdade vigiada. O processo ocorrerá de forma parecida com o da mediação vítima-infrator. Nas conferências as partes irão colocar seus pontos de vista, serão tratados os impactos do crime e o que pode ser feito. A vítima participará ativamente, podendo questionar, expor seus sentimentos e de que forma gostaria de ser reparada.⁸² Neste caso, é importante destacar que a participação e o comportamento da vítima no processo se dão em âmbito mais abrangente, visto que serão reforçados pelas opiniões e vivências dos apoiadores em relação aos efeitos dos danos. Da mesma forma, a responsabilização do ofensor, nessas ocasiões, pode contribuir para que a reparação dos danos ocorra de forma mais natural e pacífica.

Os círculos restaurativos se desenvolvem de maneira similar às conferências de família, porém tem maior abrangência. Sua utilização é recente, começaram a ser aplicados por juízes, em 1991, no Canadá e posteriormente em projeto piloto nos EUA em 1995.⁸³

⁸⁰ MELO, Eduardo Rezente et al. **Justiça restaurativa e comunitária em São Caetano do Sul**. São Paulo: CECIP, 2008. p. 61.

⁸¹ SILVA, João Carlos Carvalho da. **A reconstrução do discurso do direito penal na pós-modernidade**: para uma análise crítica da justiça restaurativa. 2011. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, 2011. p. 69.

⁸² PALLAMOLLA, Rafaela da Porcincula. **Justiça restaurativa**: da teoria à prática. São Paulo: IBCCRIM, 2009. p. 117-119.

⁸³ Ibid., p. 119-120.

Assim como nas conferências familiares, comunidade e atores relevantes poderão participar do processo restaurativo. Para Melo, o círculo restaurativo:

[...] é um espaço no qual as partes envolvidas em um conflito, apoiadas por alguém com conhecimento das dinâmicas próprias ao processo (um facilitador de práticas restaurativas), se encontram com a intenção de se expressarem e de se ouvirem uns aos outros, de reconhecerem suas escolhas e responsabilidades e chegarem a um acordo concreto e relevante em relação ao ato transgressor, que possa cuidar de todos os envolvidos. A dinâmica do círculo se desenvolve por meio de três etapas: compreensão mútua – as partes passam a se perceber como semelhantes; luto e transformação – as escolhas e responsabilidades envolvidas no ato da transgressão são reconhecidas; acordo – participantes desenvolvem ações que reparem, restaurem e reintegrem.⁸⁴

No contexto brasileiro existem três etapas para o desenvolvimento dos círculos restaurativos: “pré-círculo”, etapa em que as partes e os envolvidos são ouvidos separadamente; “círculo restaurativo”, no qual ocorre a reunião dos implicados para estabelecer um acordo plausível de interesse comum; e “pós-círculo”, em que é investigada a satisfação das partes em relação à decisão tomada. Na visão de Melo, a reparação se dá em relação a “coisas”, no sentido apenas material, enquanto restauração implica no entendimento dos significados e de que forma podem ser novamente supridos.⁸⁵

Portanto, os círculos restaurativos procuram não somente a reparação dos danos materiais, e sim, que sejam restaurados os danos em sua plenitude. Sendo assim, o empoderamento da vítima em todas as etapas é fundamental para que os objetivos dos círculos restaurativos sejam alcançados.

Por fim a reparação do dano *per se* deve ser estabelecida como resultado dotado de significado para as partes, tendo em vista uma decisão que não se restrinja à compensação financeira, mas que o processo conciliatório possa acontecer realmente, a fim de restaurar a integridade física, psíquica e financeira da vítima, considerando a esfera de fatores simbólicos. Muitos autores acreditam que a reparação do dano é capaz de minimizar os danos de tal modo a substituir as penalidades impostas no sistema penal. No entanto, a reparação do dano ainda deve ser de uso cuidadoso no processo penal, em que deve ser considerada a proporcionalidade do dano em relação ao reparo para que não haja abuso dentro do modelo restaurativo.

⁸⁴ MELO, Eduardo Rezente et al. **Justiça restaurativa e comunitária em São Caetano do Sul**. São Paulo: CECIP, 2008. p. 136.

⁸⁵ Ibid.

Com efeito, não se pode falar de Justiça Restaurativa como um modelo único e fechado, em verdade, dadas suas variadas influências de conhecimentos distintos, bem como objetivos igualmente distintos no que concerne a mudanças nos sistemas punitivos. Os vitimólogos, por exemplo, tendem a propugnar um sistema que dê maior atenção às vítimas de crimes; por outro lado, os abolicionistas tendem desde o princípio a questionar a própria noção de crime, preferindo inclusive o vocabulário situações-problemáticas. Igualmente questionam a legitimidade do Estado na aplicação de qualquer medida coercitiva, desejando, na verdade, que a resolução das situações-problemas ocorra por maneiras diferentes que a aflição consciente de dor.

A Justiça Restaurativa, portanto, é uma intervenção social de complexidade que só pode ser vislumbrada dentro de objetivos plurais. Deste modo, ela visa resolver situações de anormalidade, ou como querem os não abolicionistas, por meio de ações que tem por escopo reparar o dano sofrido. Essa reparação é estabelecida baseada no pressuposto de que diferentes pessoas se sentem atingidas de diversas formas. A reparação deverá focar o dano por diferentes meios que compreendam a dimensão afetiva dos envolvidos, psicológica, materiais, etc.

4.3 A participação da vítima decorrente do direito a reparação do dano

O tratamento da reparação do dano no Brasil ganhou contornos diferentes com a adoção do modelo consensual de justiça proporcionado pela Lei n. 9.099/95.⁸⁶ Ao instituir a conciliação entre autor do delito e a vítima, na chamada composição civil do dano, ou mesmo na transação penal entre o Ministério Público e o pretense autor do delito, passos importantes foram dados na direção da construção de um sistema de justiça menos interventivo e mais solidário com os anseios das vítimas. Na seção anterior estabeleceram-se ao menos duas abordagens do consenso no âmbito da justiça penal.

A primeira dessas abordagens foi realizada tendo como escopo demonstrar a questão do princípio da indisponibilidade da ação penal e sua mitigação pela lei que estabeleceu os Juizados Especiais Cíveis e Criminais. O segundo enfoque foi concernente à adoção do modelo restaurativo de justiça. Sendo que, um dos pontos de convergência entre esses modelos diz respeito à reparação do dano. No âmbito da Lei dos Juizados Especiais, o

⁸⁶ BRASIL. Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 26 set. 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm>. Acesso em: 25 fev. 2014.

dano é compreendido via de regra, como passível de um ressarcimento financeiro. Por outro lado a Justiça Restaurativa compreende dano para além da questão financeira, entendendo este como uma ofensa, moral, física, psicológica, emocional, na verdade, contempla o dano dentro de uma perspectiva que aborda questões subjetivas dos envolvidos.

A necessidade de se estabelecer mecanismos para a reparação do dano ocasionado por determinado ato ofensivo contra uma pessoa é uma questão debatida com certa frequência nas ciências criminais. Passaremos a expor algumas outras ideias que sustentam a reparação do dano no âmbito do direito penal e processual penal.

4.3.1 A reparação do dano como pena

Essa vertente aprecia a reparação do dano como parte da sanção. O ressarcimento da vítima irá compor a decisão judicial, não sendo facultativo seu cumprimento. A reparação do dano como pena está inserida no sistema de *common law*, no qual é tida como sanção autônoma, por isso passa a pertencer a categoria de pena.⁸⁷

Defende-se essa posição, tendo em vista que em dadas situações pode ser a forma mais adequada e eficiente da aplicação da sanção penal; primeiramente, porque irá ao encontro do anseio da vítima e, também, pode ser uma forma de o autor reconhecer seus atos falhos e reintegrar-se à comunidade jurídica, sem que necessite experimentar o tratamento penitenciário clássico, prioritariamente dessocializador.⁸⁸

No entanto, as críticas em relação à reparação do dano como pena direcionam-se para a questão do caráter civil do ressarcimento que culminará na privatização do direito penal.⁸⁹ Além disso, desfavorece aqueles que não terão condições financeiras no caso da via de reparação do dano material quando aplicada.

Outro ponto de discussão da reparação do dano como pena diz respeito ao seu efeito preventivo geral negativo que, uma vez tido como sanção autônoma, terá como implicação um mal ao autor do delito.⁹⁰ Neste caso, a intimidação se dá principalmente pelas situações de reparação material, pondera-se que nem sempre o infrator terá condições de arcar com os prejuízos materiais da vítima e, por isso, poderá não surtir efeito algum para minimizar

⁸⁷ BARROS, Flaviane de Magalhães. **A participação da vítima no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 123.

⁸⁸ AMARAL, Cláudio do Prado. **Despenalização pela reparação de danos: a terceira via**. Leme: J. H. Mizuno, 2005. p. 143.

⁸⁹ BARROS, op. cit., p. 124.

⁹⁰ HIRSCH, Hans Joaquim. La reparación del dano en le marco del marco del derecho penal material. In: MAIER, Julio. (Comp.). **De los delitos y de las víctimas**. Buenos Aires: AD-HOC, 2001. p. 55

condutas criminosas. Contudo, sabe-se que a repressão de condutas por meio de instrumentos intimidatórios é pouco satisfatória no que tange o caráter social das medidas preventivas, comprometendo a eficácia destas.

Para além desses fatos, é notório que o crime muitas vezes é expressão de toda uma situação de penúria de condições mínimas para a realização de uma vida digna. É necessário lembrar que a adoção irrestrita da reparação do dano como pena poderia levar a um sistema carcerário cada vez mais seletivo aos mais vulneráveis. A simples adoção da reparação do dano enquanto pena não teria também o condão de atribuir consequências outras que não aquelas proporcionadas pelo sistema retributivo ao delito, sendo nulas ou quase nulas uma vez que a reparação não extrapola os limites materiais e não é consequência de um acordo, consenso ou de caráter voluntário entre as partes.

4.3.2 A reparação do dano e modelo da terceira via

A reparação do dano, nos moldes da chamada terceira via, proposta pelo autor alemão Claus Roxin⁹¹, é fundamentada na perspectiva de visionar uma alternativa ao processo penal, que na medida de privação de liberdade, condena o ofensor à completa desintegração social. Reparar o dano enquanto terceira via mostra-se alternativa coerente para minimizar o insucesso desta medida em seu caráter ressocializador.

Nesse sentido, Amaral afirma que a reparação inserida na esfera penal diferencia-se da reparação civil no que se refere ao seu conteúdo e a sua função. A reparação penal do dano pode se apresentar como a opção mais coerente para solução de um caso, sendo juntamente com a pena (primeira via) e a medida de segurança (segunda via) a “terceira via”.⁹² Dentro do direito penal, a reparação do dano extrapola a questão de mera compensação do direito civil violado, de modo que contempla o ato danoso na amplitude de suas consequências. Assim, não visa somente o ressarcimento material, mas a restauração dos danos à vítima.⁹³ Na proposta do autor, a reparação seria pautada em:

- a) Primeiramente se tentaria o restabelecimento do estado originário (estado in natura);
- b) Se não for possível tal restabelecimento (statu quo ante), deve-se buscar a indenização pelo equivalente aos danos materiais ou morais;

⁹¹ BARROS, Flaviane de Magalhães. **A participação da vítima no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008. p. 125.

⁹² AMARAL, Cláudio do Prado. **Despenalização pela reparação de danos: a terceira via**. Leme: J. H. Mizuno. 2005. p. 140-141.

⁹³ Ibid., p. 141.

- c) Entretanto, se em razão da índole do delito essas formas de reparação não forem possíveis, deve ser considerado um patamar subsidiário, respectivo às prestações em favor do prejudicado que representem reparações simbólicas, como, por exemplo, trabalhos em benefício da comunidade ou o pagamento de uma quantidade em dinheiro a instituições de fins públicos.⁹⁴

Roxin, em suas considerações, destaca a satisfação da vítima como ponto relevante no modelo de reparação do dano, visto que, no processo penal, muitas vezes esta se exime para dar espaço ao Estado que passa a representar seus interesses de forma superficial, tornando-se a vítima mero elemento formal no processo. Nesse âmbito, o autor assevera:

*Investigaciones empíricas también han demostrado que tanto el lesionado como la comunidade ortogan nulo o escaso valor a un castigo adicional del autor ante la reparación del daño en la forma de una composición autor-víctima, en casos de pequeña o mediana criminalidad. De ahí que, en casos que actualmente se castigan con una reparación total del daño; y en delitos más graves la reparación del daño podría originar de todos os modos una remisión condicional de la pena o una atenuación obligatoria de la pena.*⁹⁵

É pertinente analisar, também, os objetivos de prevenção geral e especial, os quais buscam resolução restabeecedora da paz jurídica, indo ao encontro dos interesses da vítima e possibilitando uma forma do autor redimir seu erro sem a necessidade de privá-lo do convívio social.⁹⁶ Logo, a reparação do dano substituiria a pena como a “terceira via”, sendo de resultado satisfatório para os envolvidos.

Roxin defende que a reparação do dano enquanto “terceira via” não se trata de privatizar o direito penal, tampouco inseri-la como fim da pena, mas uma categoria a ser posta de forma coadjuvante às primeira e segunda vias – pena e medida de segurança, a fim de contemplar a melhor resolução para o conflito social.⁹⁷

4.3.3 O modelo dos fundos estatais

A criação dos fundos estatais de indenização centraliza-se na solidariedade social do Estado em amparar vítimas nas necessidades essenciais de vida, considerando não somente

⁹⁴ AMARAL, Cláudio do Prado. **Despenalização pela reparação de danos: a terceira via**. Leme: J. H. Mizuno. 2005. p. 140-141.

⁹⁵ ROXIN, Claus. La reparación no sistema de lós fines de la pena. In: MAIER, Julio. (Comp.). **De los delitos y de las víctimas**. Buenos Aires: AD-HOC, 2001. p. 142.

⁹⁶ AMARAL, op. cit., p. 142.

⁹⁷ ROXIN, op. cit., p.143.

aspectos materiais, mas também psicológicos e sociais.⁹⁸ Neste sentido, o Estado seria responsável por prestar suporte às vítimas, considerando que houve falha na prevenção da criminalidade por parte deste que, por fim, culminara na conduta inadequada e prejudicial do autor.⁹⁹ Ao considerar o Estado como garantidor da segurança pública, é cabível ordená-lo como coadjuvante na prática criminosa em sua omissão, como ressalta Torrens:

[...] o que acelera a criminalidade violenta são exatamente as disparidades e contradições de uma desorganização social, produto da omissão estatal. Estabelece-se um confronto entre os grupos considerados marginalizados e os vitimados. Os primeiros, carentes das necessidades básicas, e os outros, oprimidos, sem assistência e constrangidos, tendo que exercer seus direitos e garantias individuais sem nenhum apoio.¹⁰⁰

Logo, quando o Estado não consegue atuar de maneira a prevenir o crime, torna-se corresponsável nas infrações¹⁰¹ e, assim, deve respaldar as consequências de sua má atuação, garantindo às vítimas manutenção das condições básicas necessárias a uma vida digna. Além disso, uma vez extinta a vingança privada e o Estado assumindo a defesa e segurança da população, que tem a preservação de seus bens tutelados penalmente como direito, deve oferecer indenização àqueles atingidos por seu fracasso na prestação de segurança pública.¹⁰²

Na Declaração da ONU dos Direitos Humanos das Vítimas de 1985, há em seu artigo 12 a recomendação de que quando a indenização prestada pelo delinquente não for suficiente, o Estado deverá procurar indenizar vítimas que tenham tido lesões corporais que acarretaram em prejuízos na saúde física e/ou mental. Deverá, também, procurar oferecer indenização aos familiares, em especial os dependentes de vítimas que vieram a óbito ou que estejam incapacitadas física ou mentalmente.¹⁰³

A criação dos Fundos Estatais pretende cooperar com a vítima, dando o suporte necessário para que esta tenha interesse em noticiar o crime, o que de certa forma colaboraria para ações de prevenção.¹⁰⁴ A Declaração de Princípios Básicos de Justiça para as Vítimas de Delitos e Abuso de Poder recomenda:

⁹⁸ JORGE, Alline Pedra. **Em busca da satisfação dos interesses da vítima penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2005. p. 122.

⁹⁹ BARROS, Flaviane de Magalhães. **A participação da vítima no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 129.

¹⁰⁰ TORRENS, Laerte Macedo. Ao lado das vítimas. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 4, n. 14, p. 183-191, abr./jun. 1996.

¹⁰¹ JORGE, op. cit., p. 120.

¹⁰² Ibid., p. 121.

¹⁰³ Ibid., p. 123.

¹⁰⁴ BARROS, op. cit., p. 130.

Quando a indenização procedente do deliçúente ou de outras fontes não for suficientes os Estados procurarão indenizar financeiramente:

- a) as vítimas de delitos que tenham sofrido importantes lesões corporais ou prejuízos de sua saúde física ou mental como consequência de delito grave;
- b) a família, particularmente as pessoas dependentes das vítimas que tenham sido mortas ou ficado física ou mentalmente incapacitados como consequência da ação danificadora.¹⁰⁵

Muitos países já tem implantados os Fundos Estatais de Indenização que contemplam distintos modelos, nos quais são estabelecidos critérios para indenizar as vítimas, a fim de favorecê-las de forma justa e conivente com o sistema econômico do país. No Brasil, historicamente já houve esboços de fundos de indenizações; em 1912 Esmeraldino Bandeira havia sugerido a caixa de multas, uma possibilidade de indenizar vítimas quando o criminoso fosse insolvente. O próprio Código Penal antes da reforma de 1985 dispunha sobre uma indenização pelo Estado.¹⁰⁶

A necessidade de se estabelecer fundos estatais para a reparação do dano se assenta em várias questões como o fato de que:

Muitos dos responsáveis pela reparação são inadimplentes, quando também não buscam na delinquência uma fonte de sobrevivência. Portanto, a situação econômica dos autores de crimes tem sido um fator decisivo para impedir a efetiva reparação dos danos causados, nos sistemas tradicionalmente encontrados nos países em que perduram apenas as formas civilísticas de responsabilização.

Como consequência, surgiram os sistemas de indenização estatal e os fundos de indenização, visando tornar efetiva a reparação dos danos causados com a prática de crimes.¹⁰⁷

A indenização pelo Estado é definida no artigo 245 da Constituição Federal de 1988, que prevê a criação de lei a fim de prestar assistência a herdeiros e dependentes carentes de vítimas de crime doloso. No entanto, desde sua promulgação, a dificuldade que se apresenta e de uma lei complementar que coloque a indenização às vítimas como uma obrigação do Estado, visto que o artigo constitucional não é coercitivo. Este então, por sua vez, foi regulamentado pela Lei Complementar n. 79/94, a qual institui o Fundo Penitenciário, que propõe recursos para o Programa de Assistência às Vítimas de Crime¹⁰⁸. Em 1996, surgiu a proposta de regulamentação pelo Projeto de Lei n. 2.557/96, que dispõe sobre a participação

¹⁰⁵ BARROS, Flaviane de Magalhães. **A participação da vítima no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 130.

¹⁰⁶ JORGE, Alline Pedra. **Em busca da satisfação dos interesses da vítima penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 123.

¹⁰⁷ BORGES, Paulo César Corrêa. **Reparação do crime pelo Estado**. Franca: Lemos & Cruz, 2003. p. 170.

¹⁰⁸ BARROS, op. cit., p. 133.

das três esferas de poder na indenização e assistência psicológica aos herdeiros e dependentes carentes de vítimas de crime doloso.¹⁰⁹

Ainda neste âmbito, em 2002, a Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados, na pretensão da inclusão da Lei de Organização da Assistência Social – Lei n. 8.742/93 – previa benefício de assistência às vítimas de violência física e/ou psicológica. Em seguida, em 2003 passou a tramitar no Senado o Projeto de Lei n. 269, 2003 que visa regulamentar o art. 245 da CF/88 pela criação do Fundo Nacional de Assistência às Vítimas de Crimes Violentos (FUNAV) e também possibilitar direitos às vítimas de crimes.¹¹⁰

Vale ressaltar pontos críticos para criação dos Fundos Estatais, dentre os quais se destaca a onerosidade aos cofres públicos, no entanto, como exposto, haveria critérios de seleção para as vítimas que seriam favorecidas com o benefício e poderia também ser previstos tetos máximo e mínimo, pelos quais iria se buscar atender as necessidades reais das vítimas dentro de limites razoáveis para concessão da indenização.¹¹¹ Outra crítica ao modelo de Fundos Estatais é a possível passividade do agressor em relação ao delito, uma vez que o Estado arcaria com a indenização em casos de insolvência. Desta forma devem ser consideradas alternativas de prestação de serviços às vítimas além da compensação material, a fim também de que o infrator se desprenda do dever apenas com o Poder Judiciário e compreenda o compromisso com o ofendido.¹¹²

A despeito dessas considerações, pode-se afirmar que a criação dos Fundos Estatais representa, na solidariedade social, o compromisso do Estado em garantir suporte às vítimas de crimes, pautada na reparação do dano como questão do ordenamento público¹¹³, visto que a execução do crime abarca questões de segurança pública. Sendo assim, as consequências do delito em seus diferentes fatores deve ter respaldo estatal.

4.4 A reparação do dano no sistema brasileiro

A título de guisa cumpre estabelecer algumas ponderações até agora realizadas quanto à questão da reparação do dano. Os modelos consensuais de justiça ao propugnarem maior atenção às vítimas de crimes, especialmente, quanto ao seu direito à reparação do dano parece

¹⁰⁹ JORGE, Alline Pedra. **Em busca da satisfação dos interesses da vítima penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2005. p. 126.

¹¹⁰ BARROS, Flaviane de Magalhães. **A participação da vítima no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 133.

¹¹¹ JORGE, op. cit., p. 124.

¹¹² Ibid., p. 128.

¹¹³ Ibid., p. 129.

coadunar com os preceitos estabelecidos na Constituição brasileira de 1988, uma vez que se trata de mandamento constitucional a criação dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Deste modo a reparação do dano deve ser aderida, compatibilizando o ordenamento jurídico infraconstitucional com a Carta da República.

Frente a esta necessidade de estabelecer mecanismos compatíveis com a Carta Constitucional foram expostas algumas das ideias que sustentam a reparação do dano no âmbito do ordenamento infraconstitucional, seja como medida processual ou de direito material.

Em um primeiro momento abordamos a ideia da reparação do dano enquanto pena, posteriormente abordou-se a reparação do dano dentro da chamada terceira via e por último a questão da reparação do dano pelos fundos estatais.

A reparação do dano enquanto pena ou modelo da terceira via, é diferentemente dos modelos consensuais onde ocorre plena participação da vítima, para a composição dos danos, ou seja, é a vítima, que deseja ser ressarcida e, para tanto se utiliza dos instrumentos normativos colocados a sua disposição na busca da satisfação do seu direito à reparação do dano. Caso a medida restitutiva coloque-se como uma obrigação entre o juiz e o réu, sem participação alguma da vítima, poderia ocasionar uma forma de sobrevivitização uma vez que esta não desejou tal ressarcimento, ou mesmo poderia se falar que sendo um direito fundamental à reparação do dano, a vítima não participou de momento decisório algum para que seu direito não seja diminuído ou mesmo supervalorizado.

Assim, insi-se que o direito à reparação do dano é um direito fundamental estabelecido no patamar constitucional. Deste modo o texto do art. 245 da Constituição Federal é claro ao expor: “A lei disporá sobre as hipóteses e condições em que o Poder Público dará assistência aos herdeiros e dependentes carentes de pessoas vitimadas por crime doloso, sem prejuízo da responsabilidade civil do autor do ilícito”.¹¹⁴

Dentre os modelos colacionados que pretendem possibilitar a reparação do dano para as vítimas de crimes, o modelo dos fundos Estatais é aquele que nos parece mais sensível a uma dinâmica humanizadora, solidária e concernente com as condições de um Estado Democrático de Direito. Da obrigação de assistência às vítimas de crimes pode e deve ser pensadas para além de uma mera retribuição financeira; na verdade, deve-se pensar precipuamente enquanto mecanismos de minoração das consequências aos vitimizados e seus

¹¹⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 5 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 5 out. 1988. Anexo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/civil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 11 jan. 2014.

dependentes e familiares, como por exemplo, a criação de centros de tratamentos psicológicos, enfim de toda terapia e medidas atinentes a diminuir as consequências do delito.

O reconhecimento da responsabilidade do Estado pelos danos às vítimas de crimes não pode estar condicionado a razões de oportunidade, de escassez de recursos financeiros e à sensibilização pública e social diante da vitimização das pessoas. Quando o Estado assume um serviço e o oferece aos administrados, há repercussão jurídica, com a imposição de obrigações e o dever de respeito ao princípio da responsabilidade, próprio do Estado de Direito, no qual figura o indivíduo como sujeito de direitos e o Poder Público submete-se às regras legais.¹¹⁵

Em que pese à obrigação do Estado no sentido de que normas constitucionais têm validade cogente, ainda hoje as tentativas de dar cumprimento ao ditame Constitucional são tímidas. Alguns autores¹¹⁶ propõe inclusive a via do mandado de injunção para fazer valer o dispositivo constitucional.

Ainda contribuindo para a discussão em nível constitucional, o art. 5º, inciso, XLV, da Constituição proclama que: “[...] nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido.”¹¹⁷ É evidente a preocupação com o tratamento da reparação do dano como consequência do delito.

Fora dos modelos consensuais de justiça, que possuem a fulgente e necessária abertura para a composição dos danos e outros meios transacionais para alcançar tal efeito, é o processo, seja penal ou civil, o meio hábil para que a vítima de um delito efetive seu direito fundamental à reparação do dano.

Um ato criminoso é sempre um ato lesivo que ocasiona consequências na esfera criminal, como também consequências na esfera cível. Um mesmo fato pode ter repercussão nas várias searas do direito em verdadeira múltipla incidência.¹¹⁸

A Constituição assegura, no seu art. 5º, inciso, V, a indenização pelo dano moral e material. O Código Civil define como ato ilícito a ação ou omissão voluntária que, por

¹¹⁵ FREITAS, Marisa Helena D’Arbo Alves de. **Responsabilidade do estado pelos danos às vítimas de crimes**. 2001. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de História, Direito e Serviço Social, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2001. p. 227.

¹¹⁶ AMARAL, Cláudio do Prado. **Despenalização pela reparação de danos**: a terceira via. Leme: J. H. Mizuno. 2005. p. 337.

¹¹⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 5 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 5 out. 1988. Anexo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 11 jan. 2014.

¹¹⁸ ASSIS, Araken de. **Eficácia civil da sentença penal**. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2000. p. 17.

negligencia ou imprudência, viole direito e cause dano a outrem (art. 186) do Código Civil. Mais precisamente no que concerne ao ato ilícito, o art. 927. Determina que aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Por seu turno, o Código Penal estabelece que um dos efeitos da condenação do autor de um delito é que a condenação torna certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime, conforme o art. 91 do Código Penal. A sentença condenatória penal é título executivo judicial (art. 475-N, II do CPC).

A partir de uma ocorrência delituosa nasce para o ofendido o direito de obter a reparação, porque todo ilícito penal é um ilícito civil. O dever de reparar o dano independe da punição ou da punibilidade, que ficam sujeitas a inúmeras vicissitudes. Portanto, dois são os tipos de ação que podem ser intentadas para a devida reparação do dano. É o que a doutrina chama de ação civil *ex delicto* que poderá ser: ação de conhecimento de natureza condenatória e a execução da sentença penal condenatória transitada em julgado.¹¹⁹

Muito embora a jurisdição seja uma, é notável que uma conduta criminosa ocasiona consequências tanto na esfera cível quanto na penal. Desse fato depreende-se que uma determinada conduta poderá ser objeto de análise tanto na esfera civil como na penal guardadas, por óbvio, suas respectivas áreas de atuação. Tendo resolver tal problema, podemos falar de alguns sistemas para entender melhor como se desenvolve tanto o pleito cível quanto o penal.

No sistema da confusão, o pedido engloba ao mesmo tempo a condenação penal e a reparação, ou seja, as duas pretensões são desenvolvidas no mesmo pedido. No sistema da solidariedade (ou união) as pretensões são desenvolvidas no mesmo processo, mas em pedidos distintos. No sistema da livre escolha a parte elege em qual demanda pleiteará a reparação no cível ou no penal. No sistema da separação (ou independência) a ação civil tramitará na esfera civil e a criminal na justiça penal.

Era possível afirmar, antes da Lei n. 9.099/95, que o sistema brasileiro adotava sem dúvida alguma, o sistema da separação das ações, ou seja, ação penal corria na justiça penal, e a ação buscando a reparação dos danos tramitava no juízo cível. No entanto, a instituição da composição civil dos danos no âmbito dos Juizados Especiais Criminais atenuou essa afirmação, ao menos para os casos afetos aos Juizados. Nesse sentido, também a Lei n. 11.719/2008 foi na mesma direção, ao assegurar que na sentença penal condenatória, o juiz deverá fixar um valor mínimo sobre a reparação dos danos, alterando o art. 63, parágrafo único e 387, IV, do CPP.

¹¹⁹ GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 149.

Assentados estes fatos, interessa-nos, sobretudo, a questão dos efeitos da sentença penal no que concerne a reparação do dano para a vítima do delito. Esses efeitos serão diferentes, dados os pronunciamentos que são emanados da sentença absolutório ou condenatória.

Em um primeiro momento, falar-se-á das sentenças condenatórias. Com o trânsito em julgado da **sentença penal condenatória** abri-se a possibilidade para que o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros promovam a execução no juízo civil objetivando a reparação do dano. Com a combinação do art. 5º, inciso, XLV, Constituição Federal, com o art. 943 do Código Civil, fica evidente que o direito de reparação do dano poderá afetar a esfera de patrimônios dos eventuais herdeiros do condenado que respeitará os limites da herança.

Na sentença penal condenatória importa quanto à questão de afetação da vítima e seu direito a reparação do dano dois casos que, embora não aconteçam com frequência, sempre podem ser lembrados, quais sejam: a questão da revisão criminal e suas consequências e a *abolitio criminis*. Ambas as situações poderão desconstruir o título executivo.

Caso a sentença penal condenatória transitada em julgado venha a ser rescindida pela revisão criminal, quer anulando a sentença, quer absolvendo o réu, ou declarando extinta a punibilidade, o título constituído pela sentença se torna inviável, extinguindo o processo executivo. Nesse caso, só restará apenas a alternativa de composição dos danos por meio da ação civil *ex delicto* de conhecimento. Por outro lado, pode ocorrer que a absolvição (se) por (razão de) uma das causas do art. 386 do Código de Processo Penal que ensejam a formação da coisa julgada no cível e torna o dano não indenizável, nesses casos, poderá o aquele que teve êxito na ação de revisão criminal pleitear a devolução de eventual valor pago por meio da ação de restituição ou de repetição de indébito.¹²⁰

A *abolitio criminis* também é uma forma de desconstrução do título executório representado pela sentença penal condenatória. Afinal, o art. 2º do Código Penal é claro ao afirmar que: “Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória.” Nesses casos, resta ao ofendido socorre-se da ação civil de reparação dos danos, afinal estabelece o Código Civil (art. 935) que a responsabilidade civil é independente da criminal, e somente não se poderá questionar sobre as questões relativas à autoria e materialidade.

¹²⁰ MACHADO, Antonio Alberto. **Curso de processo penal**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 164.

Em um segundo momento nos interessa a questão da sentença penal absolutória e a questão da indenização civil. Em várias hipóteses o agente é absolvido no campo penal e, mesmo assim, deve responder civilmente pelo dano. Na sentença penal absolutória, o juiz expõe os motivos da improcedência da imputação ao acusado, indicando com base nos incisos do art. 386 do Código de Processo Penal:

Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:

- I - estar provada a inexistência do fato;
- II - não haver prova da existência do fato;
- III - não constituir o fato infração penal;
- IV - estar provado que o réu não concorreu para a infração penal;
- V - não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal;
- VI - existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência;
- VII - não existir prova suficiente para a condenação.¹²¹

Analisa-se, inicialmente, aquelas hipóteses nas quais a sentença penal absolutória não enseja direito algum à reparação do dano. Essas hipóteses constituem as sentenças fundamentadas nos incisos I e IV, nas quais a absolvição criminal faz coisa julgada na área cível, excluindo a possibilidade de indenização. Nesse sentido, estabelece o art. 66 do Código de Processo Penal: “Não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato.” Notório que pela dicção dos incisos I e IV, estamos diante de sentença que acolhe a tese da inexistência material do fato, logo, obsta qualquer pleito indenizatório.

Sendo o motivo da absolvição não haver prova da existência do fato ou não existir prova de que réu tenha concorrido para a infração penal. Em ambos os casos da sentença emanada nesses fundamentos não haverá impedimento a que o ofendido proponha ação visando à efetivação de seu direito à reparação do dano. Esse pensamento fundamenta-se no fato de que o processo cognitivo e de convencimento na esfera penal e cível são diferentes.¹²²

A absolvição tendo por fundamento o fato de que determinada ação não constitui infração penal não obsta o pleiteamento de uma ação indenizatória, afinal um ato embora possa não constituir crime, poderá ser um ilícito civil.

¹²¹ BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 3 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 16 fev. 2014.

¹²² GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 349.

A sentença penal absolutória fundada na hipótese de não existir prova suficiente para a condenação é uma das hipóteses mais perturbadoras, visto que uma leitura apressada do dispositivo leva a ideia de que o princípio da presunção de inocência estaria comprometido. Essa leitura deve ser repelida, e a correta deve ser aquela que enseja que esse dispositivo deva ser interpretado a luz das necessidades e diferenças para a formação da convicção penal, não afastam a necessidade de necessário aperfeiçoamento redacional do dispositivo.¹²³

Quando a sentença for fundamentada na existência de circunstância que exclua o crime ou isente o réu de pena, caso a circunstância seja subjetiva, fica sempre aberta a possibilidade de ação civil de ressarcimento, porque a culpa penal é diferente da civil e, também, existem casos de responsabilidade objetiva.

Caso se trata de legítima defesa, o seu reconhecimento exclui a possibilidade de indenização, porque o ofendido foi o provocador injusto da própria lesão, como dispõe o art. 930 e seu parágrafo único do Código Civil. Quanto ao terceiro atingido, este tem direito à indenização em face do provocador. Aplica-se essa regra inclusive no júri, em virtude da inexistência de fundamentação da decisão dos jurados. A negativa do quesito da materialidade e da autoria não permite saber se a absolvição ocorreu por falta de provas ou por negativa categórica, de modo que é possível questionar tal situação na área cível para fins de indenização. Do mesmo modo, se os jurados respondem sim à materialidade e à autoria, mas também sim ao quesito da absolvição, porque também nesse caso não há fundamentação quanto à razão da improcedência da imputação.

Quanto ao estado de necessidade, segundo o art. 929 do Código Civil, mesmo que reconhecido na sentença penal absolutória, sempre será cabível a indenização ao terceiro lesado. Esse fato ocorre porque o agente com sua conduta protegeu um bem jurídico seu em detrimento do de outrem.¹²⁴

O exercício regular de direito e o estrito cumprimento do dever legal também ilidem a incidência da indenização, pela expressa disposição do art. 188, inciso, I do Código Civil. No caso do cumprimento do dever legal poderá subsistir para o Estado a obrigação de indenização em detrimento da teoria do risco administrativo.¹²⁵

Pela exposição realizada acerca da influência da sentença penal, seja ela condenatória ou absolutória, é evidente que o processo penal influi na órbita de direitos patrimoniais da vítima, e mais que direitos patrimoniais é, em verdade pela Constituição, um direito

¹²³ GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 361.

¹²⁴ MACHADO, Antonio Alberto. **Curso de processo penal**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 167.

¹²⁵ GRECO FILHO, op. cit., p. 360.

fundamental e como tal deve ser preservado de qualquer forma de não exercício desse direito fundamental à reparação do dano.

Assim, se é o processo penal que irá influenciar, sobretudo, seu direito à reparação do dano, a vítima que, assim, o quiser deverá poder participar de todo o desenvolver do processo, não somente como exigência de seu direito à reparação, mas também porque sua participação não viola o devido processo legal e vai ao encontro de um processo penal, no qual, de fato, vigora a ideia de contraditório e entendendo-se por este o poder de influenciar o julgador em todas as situações em que de alguma forma for afetada pelo provimento jurisdicional.

5 A VÍTIMA NO PROCESSO PENAL

5.1 A participação da vítima no processo de iniciativa privada

O Código Penal prevê a possibilidade de que em alguns casos a ação penal seja promovida mediante queixa do ofendido ou de quem tenha qualidade para representá-lo. Nestas ações, o direito de punir continua pertencente ao Estado, que, transfere para o ofendido ou seu representante legal o direito de iniciar a ação. Esse tipo de ação se estriba no fato de que, em alguns casos, a conduta do delinquente atinge o plano íntimo da vítima de tal forma que, não obstante a lesividade do ato, o Estado respeita sua vontade de não querer ver o agente processado, visto que a exposição da situação poderia gerar danos adicionais ao seu infortúnio. O conjunto de casos subordinados a iniciativa do ofendido é bem restrito, sendo possível somente nos casos previstos em lei.

Na ação penal privada vigora princípios como o da oportunidade, ou seja, o ofendido ou seu representante decidem se irão ou não ingressar com a ação penal e, ainda que optem por ingressar com a ação, poderá desistir por meio de institutos como o perdão ou a perempção.¹ Outro princípio que envolve a ação penal privada é o da indivisibilidade. O ofendido pode simplesmente optar por não processar a vítima, todavia, caso resolva ingressar com a ação penal, deverá oferecer a queixa contra todos os autores do crime que tenham sido identificados. Essa é orientação majoritária da doutrina.

Situação que notadamente a ação privada mostra-se o melhor caminho é em caso de crime contra a honra:

[...] postos à disponibilidade do respectivo titular, é preciso reconhecer que, no caso dos crimes contra a honra, o *consentimento* do ofendido, também *post factum*, atuaria como obstáculo intransponível ao exercício da ação penal por iniciativa de órgãos públicos. Em primeiro lugar, porque o Estado não é titular de nenhum tipo de padrão moral individual e nem sempre se insere no âmbito de sua competência legislativa a regulação impositiva da defesa da moral alheia.²

¹ Nos casos em que somente se procede mediante queixa, considerar-se-á perempta a ação penal: I - quando, iniciada esta, o querelante deixar de promover o andamento do processo durante 30 dias seguidos; II - quando, falecendo o querelante, ou sobrevindo sua incapacidade, não comparecer em juízo, para prosseguir no processo, dentro do prazo de 60 (sessenta) dias, qualquer das pessoas a quem couber fazê-lo, ressalvado o disposto no art. 36; III - quando o querelante deixar de comparecer, sem motivo justificado, a qualquer ato do processo a que deva estar presente, ou deixar de formular o pedido de condenação nas alegações finais; IV - quando, sendo o querelante pessoa jurídica, esta se extinguir sem deixar sucessor.

² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos humanos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 119. (grifo do autor).

Retomando aqui duas contribuições que abordamos quando comentávamos sobre o modelo consensual de justiça brasileiro estabelecido pela Lei n. 9.099/95³ pode-se ratificá-las. Primeiramente, no que diz respeito à possibilidade de oferta da transação penal nas ações penais de iniciativa privada. Reafirmamos que não há óbice algum neste caso, afinal, a vítima poderá escolher perdoar ou oferecer a queixa-crime. Não há razão para que não se possa ter uma atitude que ficaria ao meio de outras atitudes possíveis.

Por iguais razões, não vemos qualquer obstáculo para a negação da possibilidade de o querelante participar e ofertar a suspensão condicional do processo, visto que para os crimes de ação penal de iniciativa privada optar por uma posição intermediária, entre o perdão e a perempção, é outro extremo o prosseguimento da ação.

Em que pese o art. 89 da Lei n. 9.099/95 referir-se apenas ao Ministério Público, uma interpretação no sentido de ignorar a aplicabilidade do instituto nas ações penais de iniciativa privada não coaduna com uma interpretação sistemática de princípios constitucionais e infraconstitucionais. Dessa forma, não se pode deixar de:

[...] observar o princípio da igualdade, senão concebendo que cabe a suspensão do processo também em relação à ação penal privada, é dizer, independentemente de quem figura no polo ativo da ação sob o argumento de que casos idênticos não podem ter conseqüências jurídicas distintas.⁴

Por fim, a Constituição Federal (art.98, I) e a criação dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais ensejaram, para determinadas condutas, atos menos burocráticos e de maior participação aos que serão atingidos pelo provimento jurisdicional. Deste modo, tem o escopo de proporcionar maior participação da vítima no processo penal, mormente fundadas na vontade das partes. A iniciativa de possibilitar a utilização da transação penal e da suspensão condicional do processo encontra-se dentro da iniciativa de minimização do sistema penal, por meio da despenalização e criação de alternativas às partes envolvidas.

Nesse sentido, demonstrando em termos práticos como poderia ocorrer a participação da vítima no que concerne a suspensão condicional do processo, temos:

³ BRASIL. Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 26 set. 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm>. Acesso em: 25 fev. 2014.

⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Juizados especiais criminais**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1996. p. 246.

Particularmente no que se refere à suspensão condicional do processo, face à previsão legal da presença da vítima no momento da conciliação, afirma-se que a transação sem a sua presença será um acordo pela metade, não resultará na plena solução de conflito, visto que ela não poderá formalmente intervir na fixação da reparação dos danos a que fica condicionada a suspensão. Sugere-se então que o juiz determine a intimação da vítima para comparecer à audiência especial de conciliação, viabilizando dessa forma uma adequada fixação da reparação bem como a pacificação entre ela e o acusado.⁵

Ainda, no que reporta-se ao processo penal de iniciativa privada, é necessário colacionar a possibilidade da ação penal privada subsidiária da pública. Esta ação é cabível quando, em crime de ação penal pública, o Ministério Público não oferece qualquer manifestação dentro do prazo legal. Nesta hipótese poderá o ofendido oferecer queixa subsidiária no prazo de seis (6) meses, contados a partir do término do prazo do órgão de acusação, Ministério Público, para o oferecimento da denúncia.

A previsão legal desse instituto encontra-se na Constituição Federal (art. 5º, LIX) e no Código de Processo Penal (art. 29), os quais ensejam enormes controvérsias na doutrina relacionadas à ação penal privada subsidiária. Entre estas se destacam: quando o promotor pede o retorno do inquérito à polícia para diligência não imprescindível, em caso da omissão de denúncia de fato criminoso, quando se deixa de incluir algum agente e nos casos de arquivamento do inquérito policial.⁶

Quanto aos casos em que o promotor pede o retorno do inquérito à polícia para diligência não imprescindível, parece não haver dúvidas quanto há possibilidade da atividade supletiva da ação penal privada subsidiária, tendo em vista que o art. 16 do Código de Processo Penal só permite a devolução do inquérito policial para novas diligências que se mostrem imprescindíveis para o oferecimento da denúncia.

Com relação à ocorrência de omissão na denúncia de algum fato criminoso ou mesmo deixando de incluir algum agente, embora defensável a ideia de poder ocorrer o chamado arquivamento implícito, essa solução não parece ser a melhor orientação.

Parece-nos que a melhor resolução para o caso seria:

[...] o magistrado, antes de receber a acusação, devolver os autos ao promotor, que poderá complementar a denúncia ou pedir expresso arquivamento em relação ao fato ou indiciado não mencionado. Se, contudo, o juiz não perceber a falha, inexistira acusação ou arquivamento, abrindo-se oportunidade à vítima para, no prazo de seis meses, apresentar queixa

⁵ FERNANDES, Fernando Andrade. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Almedina, 2001. p. 675.

⁶ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2005. p. 250.

subsidiária; ainda, enquanto não houver prescrição, poderá ser promovida a acusação, mediante aditamento à denúncia ou formulação de outra, ou, ao contrário, ser requerido expressamente o arquivamento.⁷

A queixa subsidiária em caso de arquivamento de inquérito suscita debates infundáveis há alguns anos. As primeiras divergências ocorreram logo após a previsão da ação subsidiária da vítima no Código Penal de 1940 e no Código Processual Penal de 1941. Antonio Scarance Fernandes, partindo da interpretação de que os dispositivos legais sobre o assunto, entende que só será cabível a ação privada subsidiária quando a ação pública não for intentada no prazo legal. Em outras palavras, os textos legislativos ao realizarem sempre menção ao prazo para Ministério Público exercer seu direito, condiciona o exercício da ação penal privada subsidiária aos casos nos quais não foi proposta a ação no tempo previsto. Quando o Ministério Público pede o arquivamento, quem examina e de fato arquiva é o Judiciário, logo, não se pode falar em inércia pelo decurso do tempo. Essa saída parece coadunar com um sistema acusatório.⁸

A ação penal privada subsidiária é um importante instrumento de controle da atividade do Ministério Público. É um direito consolidado no art. 5º, inciso, LIX da Constituição Federal. Portanto, é um direito fundamental, podendo ser retirado somente pelo poder constituinte originário, ou mesmo, segundo parte da doutrina (minoritária), nem mesmo por este, uma vez que seriam encontradas limitações no que concerne aos direitos e garantias fundamentais.

5.2 A participação da vítima no processo de iniciativa pública

Nos crimes de ação penal de iniciativa privada, a vítima, ou seu representante legal são os legitimados para figurar no polo ativo como parte acusadora. Nos crimes de ação penal pública, a denúncia será oferecida pelo Ministério Público, a quem compete, privativamente, promover a ação penal pública.

O Código de Processo Penal prevê a possibilidade da intervenção do assistente de acusação. Esse assistente será o ofendido ou seu representante, ou na falta deste seu cônjuge, ascendente, descendente ou irmão (art. 31 do CPP). A doutrina refere-se à assistência normalmente como parte acessória, contingente, eventual ou secundária.

⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **As nulidades no processo penal**. 7. ed. São Paulo: Ed. RT, 2001. p. 95.

⁸ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2005. p. 251.

Pela sistemática da assistência estabelecida no Código de Processo Penal, o assistente será admitido após o recebimento da denúncia e receberá a causa no estado em que ela achar. Poderá intervir no processo enquanto não houver o trânsito em julgado. Quando do pedido para habilitar-se no processo como assistente, o juiz ouvirá o Ministério Público. Da ordem denegatória não caberá recurso, devendo, entretanto, constar dos autos. A doutrina aponta que nesses casos restará a mandado de segurança.

Ponto interessante da matéria diz respeito à questão se deve ou não haver uma vítima determinada, um ofendido ou instituições poderiam figurar como assistentes.

Antonio Scarance Fernandes firma o entendimento de que pode figurar como assistente: a Ordem dos Advogados do Brasil quando o indiciado, acusado ou ofendido for regularmente inscrito em seus quadros; a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) e o Banco Central do Brasil, quando o crime contra o sistema financeiro nacional for cometido no âmbito de atividades sujeita à disciplina e fiscalização desses órgãos; as associações referidas no art. 82, III e IV, de acordo com o art. 80 do Código de Defesa do Consumidor; e, os órgãos federais ou municipais, interessados na apuração de responsabilidade do prefeito.⁹

Sobre a finalidade da atuação do assistente da acusação no processo penal a doutrina diverge. Uma primeira corrente entende que a participação como assistente deriva, sobretudo do direito à reparação do dano ocasionado pela infração. Nestes termos, seu auxílio tem objetivo meramente como reflexo do seu interesse particular. Justificando tal posição, apontam que o Código de Processo Penal autorizou a interposição somente de recursos que guardam íntima relação com o interesse civil do ofendido.¹⁰

De outro lado, parte da doutrina entende que a atuação do assistente não é somente de defender um direito seu a indenização, nem somente suplementar a atividade do Ministério Público. A atividade do assistente é de auxiliar (n)a acusação na efetivação do *jus puniendi*.¹¹

Em posição extremada, argumenta Aury Lopes Júnior que na ação penal pública a promoção é de atribuição “privativa” do Ministério Público, não estando recepcionada pelo texto constitucional a figura do assistente da acusação, sendo ilegítima sua intervenção.¹² Antes de discutirmos essas questões convém estabelecer os poderes do assistente, logo, estabelecemos uma premissa de sua constitucionalidade.

A atuação do assistente é restrita, podendo praticar atos somente previstos em lei. Entre os poderes exercidos pelo assistente estão: propor meios de prova, requerer perguntas às

⁹ FERNANDES, Antonio Scarance. **O papel da vítima no processo criminal**. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 134.

¹⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de processo penal. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 376.

¹¹ FERNANDES, op. cit., p. 56.

¹² LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 776.

testemunhas, aditar o libelo e os articulados, participar do debate oral e arrazoar os recursos interpostos pelo Ministério Público, ou por ele próprio, nos casos dos arts. 584, § 1º, e 598 do Código de Processo Penal.

Em que pese parecer um rol amplo de poderes, um dos poderes mais importantes, que mais contribuem para a opinião do julgador, é a possibilidade do assistente arrolar testemunhas que a doutrina, de forma majoritária¹³, entende ser impossível. Nega-se ao ofendido o direito de exercer o pleno contraditório. Assenta-se tal solução no fato de que o ofendido só pode intervir depois da denúncia, ou seja, o assistente só pode intervir no processo e jamais em fase anterior a ele. Esse fato acarreta verdadeira sobrevitimização, uma vez que o ofendido não poderá participar com todas as suas armas.

Voltando a questão da constitucionalidade da assistência, discute-se a possibilidade do assistente apelar para aumentar a pena. Nesse sentido, pondera Vicente Greco Filho que aqueles que reduzem o interesse do assistente à reparação do dano excluem essa, possibilidade porque a quantidade da pena não interfere na responsabilidade civil, uma vez que já houve condenação.¹⁴

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus 102.085, discutiu tema concernente à participação da vítima no processo penal. Da relatoria da ministra Cármen Lúcia, sua ementa prescreve que:

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSO PENAL. ESTELIONATO. ALEGAÇÃO DE ILEGITIMIDADE DA ASSISTÊNCIA DE ACUSAÇÃO PARA RECORRER DA SENTENÇA PENAL ABSOLUTÓRIA. IMPROCEFENCIA. AUSÊNCIA RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. IRRELEVANCIA DO PARECER MINISTERIAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA PELO NÃO CONHECIMENTO.

1. A assistente de acusação tem legitimidade para recorrer da decisão que absolve o réu nos casos em que o Ministério Público não interpõe recurso.
2. Aplicação da Súmula 210 do Supremo Tribunal Federal: "O assistente do Ministério Público pode recorrer, inclusive extraordinariamente, na ação penal, nos casos dos arts. 584, § 1º, e 598 do Código de Processo Penal".
3. A manifestação do promotor de justiça, em alegações finais, pela absolvição da Paciente e, em seu parecer, pelo não conhecimento do recurso não altera nem anula o direito da assistente de acusação recorrer da sentença absolutória.
4. Ordem denegada.

¹³ GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 287; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 378; LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 778.

¹⁴ GRECO FILHO, op. cit., p. 288.

HC nº 102.085/SC, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, j. em 10-6-2010, DJe 27-8-2010.¹⁵

No caso em tela, denota-se que o representante do MP, não apresentou recurso contra a sentença absolutória; de outra sorte, o assistente apresentou recurso de apelação, pleiteando a condenação do denunciado. Evidenciado o caráter supletivo do recurso interposto pelo assistente de acusação, o Tribunal acolheu seu recurso.

O acórdão do Supremo Tribunal Federal (STF) discutiu a possibilidade do assistente de acusação recorrer de decisão que absolve o réu, mesmo quando o Ministério Público não o faz. A decisão foi no sentido de que o assistente pode recorrer de tal decisão. Os votos divergentes foram dos ministros: Marco Aurélio Mello e Cesar Peluso. A votação foi seis (6) a dois (2).

Na causa, FCTF acusada de estelionato por emissão de dois cheques pós-datados (vulgarmente chamados de pré-datados), sustados posteriormente, por discordar do valor da dívida dela cobrada pela empresa de *factoring*.

A empresa, por sua vez, ingressou com ação penal contra FCTF que foi absolvida. Em alegações finais, o próprio Ministério Público, titular da ação penal, pediu pela absolvição da ré. Diante disso, o juiz a absolveu e o Ministério Público quedou-se silente.

Por sua vez, a empresa, inconformada, por meio de seu advogado, interpôs recurso de apelação junto ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJ-RS). Entretanto, a 5ª Turma do TJ negou o recurso por não reconhecer a legitimidade recursal do assistente, que recorreu da sentença em Recurso Especial dirigido ao Superior Tribunal de Justiça. Ocorreu neste Tribunal o parcial provimento ao recurso e a defesa de MT impetrou habeas corpus no STF. Eis o cenário.

Os votos divergentes dos ministros Marco Aurélio Mello e Cesar Peluso versam sobre a não recepção do art. 598 e do art.584 § 1º do Código de Processo Penal pela carta constitucional. Os votos colocam o Ministério Público como titular absoluto do direito de promover a ação penal, negando qualquer atividade supletiva aos interessados que de alguma possa vir a ser afetado por eventual decisão judicial.

Em que pese a ação ser de um tema um tanto quanto desconfortável. Estelionato.

O voto da relatora, por sua vez, versou sobre legitimidade do assistente para recorrer nos termos do art. 598 do Código de Processo Penal de forma supletiva, quando da omissão do Ministério Público.

¹⁵ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**: pesquisa: pesquisa de jurisprudência. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 12 mar. 2014.

Outros argumentos utilizados, como por exemplo, do Ministro Dias Toffoli, no sentido de que o art. 5º, LIX, da Constituição, admite que o ofendido (art. 29 do Código de Processo Penal proponha ação privada nos crimes de ação pública se essa não for intentada no prazo legal pelo Ministério Público, na forma do art. 129 da CF, e, em consequência, não se trata de verdadeiro monopólio visto que é atenuado pela garantia constitucional do cidadão promover a ação. O ministro Ricardo Lewandowski concordou com a relatora e o Ministro Dias Toffoli.

Contribuição de relevo do Ministro Ricardo Lewandowski foi à reflexão no sentido de que a Constituição de 1988 deu um salto qualitativo em questão de democracia, qual seja de uma democracia meramente representativa para uma democracia participativa.

Os ministros que seguiram a relatora foram ao encontro da ideia de justiça participativa e de que o processo penal seja um dos meios para que ela aconteça dentro do processo penal. O caso em tela, em que pese ser um caso ruim (estelionato), ressalta que aqueles que de alguma forma forem afetados pela decisão jurisdicional devem e podem dela participar com todos os recursos e meios inerentes a um processo em contraditório. O contraditório para nós deve envolver a ideia de participação dos afetados pelo provimento jurisdicional. Contraditório é garantia de participação em simétrica paridade. O contraditório como oportunidade de participação é, um direito, hoje, revestido de especial proteção constitucional.

O contraditório foi definitivamente conquistado como um direito das partes, foi consagrado, no Brasil, como garantia constitucional, e se transformou em uma exigência da instrumentalidade técnica do processo. A ideia que esta em sua base é da evolução da prática da democracia e da liberdade, em que os interesses divergentes ou em oposição encontram espaço garantido para sua manifestação, na busca da decisão participada.¹⁶

5.3 A recentes alterações de valorização da vítima na dogmática processual penal

A preocupação do legislador com a posição da vítima no processo penal é nítida, pois, as alterações realizadas pela Lei n. 11.689/2008¹⁷, Lei n. 11.690/2008¹⁸ e pela Lei n.

¹⁶ GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: AIDE, 2001. p. 194.

¹⁷ BRASIL. Lei n. 11.689, de 9 de junho de 2008. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos ao Tribunal do Júri, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 9 jun. 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/111689.htm>. Acesso em: 16 fev. 2014.

¹⁸ Id. Lei n. 11.690, de 9 de junho de 2008. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 9 jun. 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm>. Acesso em: 16 fev. 2014.

11.719/2008¹⁹ (minirreforma do Código de Processo Penal) todas de alguma forma esboçaram algumas modificações aos direitos das vítimas de crimes. Na presente análise não podemos nos imiscuir em reflexões abrangentes sobre todas as modificações ocasionadas por estas leis, por si só denotaria um trabalho específico sobre o tema. O que intentamos demonstrar é que a crescente preocupação com os estudos vitimológicos tem encontrado ressonância na atual dogmática processual penal.

É inegável que a ideia central desta reforma proporcionada pela edição das presentes leis guiou-se pela ideia central de modernizar e de adequar o processo penal à luz do sistema acusatório, reforçando as garantias do acusado, de enfrentamento da questão da celeridade e de valorização da vítima no processo penal. No entanto, toda reforma ocasiona incertezas, dúvidas, adesões de entusiastas e demandam longo trabalho de análise e de adequação dos operadores jurídicos.

A Lei n. 11.689/2008 alterou integralmente o procedimento do Tribunal do Júri. Uma das inovações do presente diploma foi ampliar o prazo para que o assistente de acusação possa se habilitar no como assistente, anteriormente o prazo era de três (3) dias passando a vigorar o prazo de cinco (5) dias. Ainda no que compreende a atuação do assistente de acusação, corroborou a reforma para manutenção da ideia de que sua presença liga-se somente ao fundamento de auxiliar ao Ministério Público. Deste modo à ausência motivada ou imotivada do assistente não será causa de adiamento do julgamento. Dentro de uma compreensão de que o assistente defende direitos fundamentais no processo a reforma poderia ter compreendido que sua ausência motivada seria causa de adiamento do julgamento.

Data vênua, em um processo penal de partes e pelo atual estágio de atuação da vítima que temos nos debruçados na presente dissertação, não podemos coadunar com tal posição. A participação da vítima no processo penal quando se habilitar, não deita raiz na mera ajuda ao Ministério Público, mas sim em um direito fundamental de participação no processo penal derivado de seu direito fundamental à reparação do dano e de seu direito fundamental a participar de um provimento jurisdicional o qual será afetado.

Outro reflexo que o novel estabeleceu no Código de Processo Penal que acarreta alguma consequência para vítima é a alteração dos quesitos formulados no questionário do Tribunal do Júri. Como já analisado, somente a negação categórica, ou a afirmação da

¹⁹ BRASIL. Lei n. 11.719/2008, de 20 de junho de 2008. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à suspensão do processo, emendatio libelli, mutatio libelli e aos procedimentos. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 9 jun. 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11719.htm>. Acesso em: 16 fev. 2014.

inexistência material do fato pode ensejar a não exigibilidade de reparação civil *ex delicto*. Diga-se de passagem que as respostas dos juízes leigos às quesitações do Júri, não tem o poder de fazer coisa julgada no juízo cível. Deste modo, existe a possibilidade de se discutir a questão na instância civil. Esse fato se fundamenta na enorme diferenciação do processo cognitivo que ocorre no Júri, não permite aferir quais os motivos da absolvição, uma vez que é impossível saber se a negativa tem ou não caráter categórico.²⁰

A reforma do Código de Processo Penal, proporcionada pela Lei n. 11.689/2008, contemplou ainda uma importante modificação durante a instrução no plenário do Júri. A partir desta lei primeiramente, será ouvido o ofendido, se possível, e depois as testemunhas de acusação e as testemunhas de defesa, nesse sequência. Essas mudanças vão ao encontro de um processo penal de partes do tipo acusatório.

Dentro da minirreforma operou-se, também, a inclusão da Lei n. 11.690/2008 que estabeleceu novas regras especialmente no que concerne à gestão de provas. A reforma destacou especificamente uma maior atenção à vítima, numa perspectiva claramente humanizadora e de cuidado ao seu estado de vulnerabilidade.

Observa-se que, na reforma da legislação processual penal ocorrida em 2008, o instituto da assistência foi valorizado pelo legislador, contrariando consistente doutrina que propugnava pela sua extinção. Seguiu a reforma a tendência geral de afirmação dos direitos da vítima no processo penal, o que é confirmado pelo tratamento dado ao ofendido no art. 201, caput e parágrafos, do CPP, com redação definida pela Lei n. 11.690/08. Prevê a norma a necessária comunicação à vítima “dos atos processuais relativos ao ingresso e à saída do acusado da prisão, a designação de data para a audiência e à sentença e respectivos acórdãos que a mantenham ou modifiquem” (§2º).

Prevê, ainda, o atendimento integral do ofendido, dispondo que: “Se o juiz entender necessário poderá encaminhar o ofendido para atendimento multidisciplinar, especialmente nas áreas psicossocial, de assistência jurídica e de saúde, a expensas do ofensor ou do Estado” (§5º).²¹

Ocorreu com a alteração proporcionada pela referida lei uma maior atenção à vítima. Essa mudança quase paradigmática é bem ilustrada pela alteração do nome do capítulo que, antes se denominava “Das perguntas ao ofendido” e a agora contempla um alargamento sendo denominado “Do ofendido”. A mudança, ora em análise, é tamanha que a vítima passa de mero elemento de prova para o processo penal, para agora um sujeito com o qual deve o

²⁰ Cf. MENDONÇA, Andrey Borges de. **Nova reforma do código de processo penal**. São Paulo: Método, 2008. p. 124.

²¹ FREITAS, Marisa Helena D’Arbo Alves de. Proteção legal das vítimas de crimes no direito brasileiro. In:_____.; FALEIROS JÚNIOR, Roberto Galvão (Orgs.). **Estudos contemporâneos de vitimologia**. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2011. p. 11.

magistrado se preocupar, resguardando-o de algumas consequências advindas da prática delitiva.

Lei n. 11.719/2008 caminhou ainda mais em direção ao rompimento com a tradição de separação entre o pleito civil e o processo penal inserindo os seguintes dispositivos legais. O parágrafo único do art. 63 do Código de Processo Penal passa a ter a seguinte disposição. “Transitada em julgado a sentença condenatória, a execução poderá ser efetuada pelo valor fixado nos termos do inciso IV do *caput* do art. 387 deste Código, sem prejuízo da liquidação para a apuração do dano efetivamente sofrido.”

E no art. 387 que trata da sentença penal condenatória, foi inserido o inciso IV, com seguinte redação: “[...] fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido.” Com essas alterações, o sistema brasileiro mitiga o sistema da separação, com a possibilidade de adoção do sistema da confusão. Essa alteração tem por escopo que o magistrado fixe, no âmbito criminal, uma indenização mínima a vítima, em razão dos danos causados pelo crime.

Em regra, como já mencionado, o sistema brasileiro no que concerne à pretensão indenizatória adota o sistema da separação, isto é, existe a possibilidade de que a vítima ingresse com uma ação civil *ex delicto* que pode ocorrer, inclusive, de forma paralela à ação penal, em regra promovida pelo Ministério Público. Outra opção é aguardar o fim do processo penal com seu respectivo trânsito em julgado e de posse do título executivo judicial, proporcionado pela sentença penal condenatória, promover a ação para liquidação deste título.

Com o intuito de acelerar a reparação do dano, a Lei n. 11.719/2008 promoveu essas mudanças, tornando o título executivo judicial em um título parcialmente líquido; parcialmente porque ao menos em parte poderá o ofendido ser ressarcido já que o parágrafo único do art. 63 ressalva que o valor mínimo fixado na sentença não impedirá que a vítima busque a reparação do dano efetivamente sofrido. Pela nova sistemática, a sentença penal condenatória poderá dar ensejo à execução de um título líquido e outro ilíquido.

De fato o legislador buscou dar maior atenção às vítimas de crimes, buscando dar outra opção para que seja ressarcida dos danos sofridos. Andrey Borges de Mendonça entende que não há problema algum no caso de fixação pelo magistrado criminal de um valor mínimo tendo em vista tratar-se de um efeito automático da sentença, não havendo deste modo, violação alguma a princípios fundamentais do processo.²²

²² MENDONÇA, Andrey Borges de. **Nova reforma do código de processo penal**. São Paulo: Método, 2008. p. 240.

Em que pese o referido entendimento, não concordamos com ele, uma vez que o processo penal brasileiro é um processo do tipo acusatório onde o juiz deve ser provocado pelas partes para emitir sua decisão sobre determinada questão.

Ocorrendo qualquer fixação do valor mínimo na sentença penal condenatória estará o juiz violando os seguintes princípios constitucionais do processo: do sistema acusatório que garante a imparcialidade do juiz e o impede de preferir a condenação *ex officio* em matéria penal ou civil; do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, não observados no processo penal por essa lei quanto à lide civil.²³

Colaciona-se, ainda, ao tema, que eventual fixação de um valor mínimo na sentença penal sem pedido da vítima, sem o devido contraditório a respeito do valor viola o princípio da correlação entre acusação e sentença e ao juiz emitir uma sentença nestes termos esta decidindo *extra petita*. Medidas tendentes a prestigiar a vítima como as alterações destes artigos vão ao encontro de um modelo de Estado Social como uma visão paternalista sobre as questões vitimológicas. Trata-se de um verdadeiro desprezo aos mais basilares princípios de um processo penal de orientação constitucional. Depõem contra todo o esforço de trazer a vítima para o processo penal, não como mero ajudante do Ministério Público ou somente frente sua necessidade de reparação do dano. São medidas como estas que inviabilizam a projeção de participação da vítima como parte interessada no provimento jurisdicional, como consequência de um provimento em contraditório.

5.4 A vítima e o projeto do novo CPP

O projeto de Lei n. 8.045/2010²⁴ que visa instituir um novo Código de Processo Penal, caso aprovado e sancionado, causará significativas mudanças no ordenamento jurídico brasileiro. No que concerne ao foco da presente dissertação, nos ateremos aos casos mais específicos ao nosso tema, de forma a compreender as principais mudanças. Dada a profundidade de alterações, é inviável demonstrar todas as consequências ao tratamento que o novo diploma irá dispensar à vítima. Mas vejamos algumas.

Já no pedido de abertura do inquérito policial, ocorrendo indeferimento do pedido formulado pela vítima ou por seu representante legal, caberá recurso para a autoridade policial

²³ SILVA, Roberto de Abreu e Silva. **Sentença condenatória criminal e a reparação de danos: a estratégia de atuação da vítima**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010. p. 159.

²⁴ BRASIL. Projeto de Lei n. 8.045/2010, de 7 de dezembro de 2010. Código de Processo Penal. **Diário da Câmara dos Deputados**, Brasília, DF, 4 fev. 2011. p. 2740. col. 1. v. 3/4. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=831788&filename=PL+8045/2010>. Acesso em: 4 abr. 2014.

de hierarquia superior ou ao Ministério Público. Durante o inquérito, a autoridade policial diligenciará para que a vítima e os demais sujeitos não sejam expostos, desnecessariamente, aos meios de comunicação.

Art. 10. Toda investigação criminal deve assegurar o sigilo necessário à elucidação do fato e preservação da intimidade e vida privada da vítima, das testemunhas e do investigado.

Parágrafo único. A autoridade diligenciará para que as pessoas referidas no *caput* deste artigo não sejam submetidas à exposição dos meios de comunicação.²⁵

Ainda no inquérito policial, como providência a ser tomada pelo delegado de polícia, a vítima deverá ser informada de seus direitos e, se necessário, encaminhada aos serviços de saúde e a programas assistenciais disponíveis. Poderá a vítima ou seu representante legal requerer ao delegado de polícia qualquer diligência, que será realizada quando reconhecida a sua necessidade. Caso ocorra o indeferimento caberá representação junto à autoridade policial superior ou Ministério Público (art. 26, *caput* e § 1º). Nesse sentido, poderá a vítima ser comunicada dos atos relativos à prisão, soltura do investigado e conclusão do inquérito policial, quando solicitar (art. 26, § 2º). O projeto de novo código reconhece uma das maiores bandeiras dos vitimólogos que é a necessidade de informação à vítima e a necessidade de atendimento de saúde e de outros serviços básicos assistenciais.

Outra alteração proporcionada pelo projeto do novo código é que a competência para o arquivamento do inquérito policial passa, agora, para o Ministério Público que também deverá informar a vítima. Nesse caso, ganha prestígio o controle externo do Ministério Público por meio da atividade controladora desenvolvida pela ação penal subsidiária. A aprovação do projeto de lei com esse dispositivo poderá ter, por consequência, um aumento exagerado do poder nas mãos do Ministério Público, vez que o controle sobre o arquivamento não mais estará sujeito à análise jurisdicional.

Art. 39. Ordenado o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer elementos informativos da mesma natureza, o Ministério Público comunicará a vítima, o investigado, a autoridade policial e a instância de revisão do próprio órgão ministerial, na forma da lei.²⁶

²⁵ BRASIL. Projeto de Lei n. 8.045/2010, de 7 de dezembro de 2010. Código de Processo Penal. **Diário da Câmara dos Deputados**, Brasília, DF, 4 fev. 2011. p. 2740. col. 1. v. 3/4. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=831788&filename=PL+8045/2010>. Acesso em: 4 abr. 2014.

²⁶ *Ibid.*

Inovação que o projeto traz diz respeito à abolição da ação penal de iniciativa privada. Na dinâmica preconizada pelo novo código só subsistirá a ação penal pública de iniciativa do Ministério Público e a ação penal condicionada à representação.

Art. 45. A ação penal é pública, de iniciativa do Ministério Público, podendo a lei, porém, condicioná-la à representação da vítima ou de quem tiver qualidade para representá-la, segundo dispuser a legislação civil, no prazo decadencial de seis meses, contados do dia em que se identificar a autoria do crime.

Parágrafo único. Nas ações penais condicionadas à representação, no caso de morte da vítima, a ação penal poderá ser intentada a juízo discricionário do Ministério Público.²⁷

Muito embora concordemos com ampliação do rol de crimes dependentes de representação da vítima, a extinção das ações privadas não parece ser a melhor saída, tendo em vista que em delitos, como nos crimes contra a honra (calúnia, difamação e injúria) possam interessar, sobremaneira, ao ofendido, que por razões de foro íntimo, ele próprio persiga seu direito à honra. O projeto de lei estabelece a ampliação dos crimes dependentes de representação do ofendido ou de seu representante legal. Deste modo, os crimes de falência e os crimes contra o patrimônio, material ou imaterial, quando dirigidos exclusivamente contra bens jurídicos do particular e praticados sem violência ou grave ameaça contra pessoa, passam a depender de representação.

O projeto ousa bastante ao estabelecer no Título V, do Livro I do Código Processual Penal, um conceito de vítima, como também, um extenso rol de direitos concernentes à vítima.

Por vítima, o projeto do novo código passa a entender:

Art. 90. Considera-se “vítima” a pessoa que suporta os efeitos da ação criminosa, consumada ou tentada, dolosa ou culposa, vindo a sofrer, conforme a natureza e circunstâncias do crime, ameaças ou danos físicos, psicológicos, morais, patrimoniais ou quaisquer outras violações de seus direitos fundamentais.²⁸

Entre os vários direitos assegurados às vítimas pelo PL 8.045/2010, destacam-se os arrolados no art. 91:

²⁷ BRASIL. Projeto de Lei n. 8.045/2010, de 7 de dezembro de 2010. Código de Processo Penal. **Diário da Câmara dos Deputados**, Brasília, DF, 4 fev. 2011. p. 2740. col. 1. v. 3/4. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=831788&filename=PL+8045/2010>. Acesso em: 4 abr. 2014.

²⁸ Ibid.

- I – ser tratada com dignidade e respeito condizentes com a sua situação;
- II – receber imediato atendimento médico e atenção psicossocial;
- III – ser encaminhada para exame de corpo de delito quando tiver sofrido lesões corporais;
- IV – reaver, no caso de crimes contra o patrimônio, os objetos e pertences pessoais que lhe foram subtraídos, ressalvados os casos em que a restituição não possa ser efetuada imediatamente em razão da necessidade de exame pericial;
- V – ser comunicada:
 - a) da prisão ou soltura do suposto autor do crime;
 - b) da conclusão do inquérito policial e do oferecimento da denúncia;
 - c) do eventual arquivamento da investigação, para efeito do disposto no art. 38, §1º;
 - d) da condenação ou absolvição do acusado.
- VI – obter cópias de peças do inquérito policial e do processo penal, salvo quando, justificadamente, devam permanecer em estrito sigilo;
- VII – ser orientada quanto ao exercício oportuno do direito de representação, de ação penal subsidiária da pública, de ação civil por danos materiais e morais, da adesão civil à ação penal e da composição dos danos civis para efeito de extinção da punibilidade, nos casos previstos em lei;
- VIII – prestar declarações em dia diverso do estipulado para a oitiva do suposto autor do crime ou aguardar em local separado até que o procedimento se inicie;
- IX – ser ouvida antes de outras testemunhas, respeitada a ordem do art. 266.
- X – peticionar às autoridades públicas a respeito do andamento e deslinde da investigação ou do processo;
- XI – obter do autor do crime a reparação dos danos causados, assegurada a assistência de defensor público para essa finalidade;
- XII – intervir no processo penal como assistente do Ministério Público ou como parte civil para o pleito indenizatório;
- XIII – receber especial proteção do Estado quando, em razão de sua colaboração com a investigação ou processo penal, sofrer coação ou ameaça à sua integridade física, psicológica ou patrimonial, estendendo-se as medidas de proteção ao cônjuge ou companheiro, filhos, familiares e afins, se necessário for;
- XIV – receber assistência financeira do Poder Público, nas hipóteses e condições específicas fixadas em lei;
- XV – ser encaminhada a casas de abrigo ou programas de proteção da mulher em situação de violência doméstica e familiar;
- XVI – obter, por meio de procedimentos simplificados, o valor do prêmio do seguro obrigatório por danos pessoais causados por veículos automotores.²⁹

Em um rol extensivo, o PL n. 8.045/2010 reconhece uma série de direitos e objetivos que, há muito, a vitimologia, comprometida com as causas das vítimas e dos direitos humanos, reclama, como a necessidade de comunicação dos atos processuais e a necessidade

²⁹ BRASIL. Projeto de Lei n. 8.045/2010, de 7 de dezembro de 2010. Código de Processo Penal. **Diário da Câmara dos Deputados**, Brasília, DF, 4 fev. 2011. p. 2740. col. 1. v. 3/4. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=831788&filename=PL+8045/2010>. Acesso em: 4 abr. 2014.

de receber assistência, compreendida esta como experiência a ser oferecida por diversos campos de atuação: financeiro, médico, psicológico, social etc.

Dentre as tantas novidades que o PL n. 8.045/2010 apresenta, uma das mais polêmicas diz respeito à ampliação da zona do consenso no âmbito do processo penal. Se há resistência doutrinária ao consenso nos Juizados Especiais Criminais, o projeto vai muito além. Estipula o que nos crimes cuja sanção máxima cominada não ultrapasse oito (8) anos e cumpridas algumas exigências, como por exemplo, a confissão do delito imputado, o Ministério Público e o acusado por seu advogado poderão requerer aplicação imediata de pena.

Sendo aprovado, nestes termos, o projeto irá de fato aproximar o modelo consensual brasileiro aos moldes do *guilty plea*.

Art. 271. Até o início da instrução e da audiência a que se refere o art. 265, cumpridas as disposições do rito ordinário, o Ministério Público e o acusado, por seu defensor, poderão requerer a aplicação imediata de pena nos crimes cuja sanção máxima cominada não ultrapasse 8 (oito) anos, desde que:

I – Haja confissão, total ou parcial, em relação aos fatos imputados na peça acusatória;

II – A pena seja aplicada no mínimo previsto na cominação legal;

§1º Aplicar-se-á, quando couber, a substituição da pena privativa da liberdade, nos termos do disposto no art. 44 do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, bem como a suspensão condicional prevista no art. 77 do mesmo Código;

§2º A pena poderá ser diminuída em até 1/3 (um terço) da pena mínima prevista na cominação legal, se as circunstâncias pessoais do agente e a menor gravidade das consequências do crime o indicarem.

§3º O acusado estará isento das despesas e custas processuais.

Art. 272. Não havendo acordo entre acusação e defesa, o processo prosseguirá na forma do rito ordinário.³⁰

Outro ponto que causará enormes discussões é opção do PL n. 8.045/2010 em estabelecer a possibilidade de, na sentença penal condenatória, o juiz arbitrar o valor da condenação civil pelo dano moral causado pelo crime. (Art. 423, inciso, IV). O objetivo de tal medida é prestigiar a celeridade do processo penal, evitando prolongadas demandas de natureza cível nele inserida.

No que concerne à vítima de crime, esse é o panorama que se pode traçar do PL 8.045/2010, que visa estabelecer um novo Código de Processo Penal em que pese um maior prestígio à vítima, como também, maior atenção a suas necessidades básicas como ser

³⁰ BRASIL. Projeto de Lei n. 8.045/2010, de 7 de dezembro de 2010. Código de Processo Penal. **Diário da Câmara dos Deputados**, Brasília, DF, 4 fev. 2011. p. 2740. col. 1. v. 3/4. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=831788&filename=PL+8045/2010>. Acesso em: 4 abr. 2014.

humano que se encontra em um momento de maior vulnerabilidade. Vale ressaltar que algumas inovações do projeto não são isentas de críticas e demandam maiores discussões com a sociedade civil organizada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Frente à análise empreendida sobre a questão da vítima no processo penal, podemos tecer algumas considerações finais.

1. As narrativas históricas normalmente desenvolvidas pelos juristas costumam ser empreendidas dentro de uma visão linear onde rupturas históricas quase sempre não são compreendidas ou levadas em consideração. Com o estudo da vítima isso não é diferente. Torna-se lugar comum à afirmação de que a vítima viveu três fases de desenvolvimento “apogeu, expropriação do conflito e atualmente redescobrimto”. O problema dessa narrativa torna-se evidente quando se pretende trazer a tona críticas a atual noção de vítima tendo por fundamento uma perspectiva da vítima da fase de vingança privada, descontextualizada de todo o contexto jurídico, social e político.

2. Para uma compreensão da necessidade dos estudos sobre a vítima de crimes no processo penal foi necessário estabelecermos algumas consequências sobre a expropriação do conflito e falarmos sobre a questão da vitimização secundária ou sobrevitimização no processo penal. Desse modo não parece desarrazoado afirmar que o processo penal reifica tanto aqueles que aparecem como sujeito passivo do delito ou como o acusado de um crime. Qualquer compreensão interpessoal do conflito é resumida na ideia de aplicação de uma pena. Questões importantes como a reparação do dano seja econômico, psicológico, afetivo ou mesmo a reintegração da vítima e do criminoso são deixados de lado ou colocadas em um plano muito secundário.

3. Os estudos sobre a vítima irromperam para alguns na criação de uma nova ciência: a vitimologia; para outros, a vítima é um dos objetos da criminologia. Ainda que essa questão seja de relevo, o mais importante é compreender qual o contributo que a vitimologia pode ensejar nas ciências criminais. Para nós compreendermos que a vitimologia deve ser incluída no âmbito de uma transversalidade, ou seja, ela é uma realidade presente em todas as áreas das ciências criminais, razão pelo qual, assim como a questão das retomadas históricas acrícticas, não concordamos com expressões como movimento vitimológico, ou nova idade de ouro da vítima, redescoberta etc. A vítima no atual estágio das ciências criminais, frente ao modelo de Estado atual, é uma realidade da qual os pesquisadores e estudiosos do processo penal ou de qualquer área que compreenda estudos de relação intersubjetiva em algum momento tomaram contato.

4. É patente que a vitimologia deve ser perspectivada no campo da ciências criminais (ciência total do direito penal): criminologia, direito penal material, direito processual penal.

5. Deste modo pode-se afirmar que existe uma espécie de princípio vitimológico que informa a compreensão da vítima no processo penal e no direito penal. A inclusão da vítima no processo penal ocasiona um acirrado debate com os chamados autores de uma linha de pensamento, que sob uma rubrica indistinta, podemos denominá-los como garantistas. A matriz teórica do qual os autores garantistas partem é a racionalidade iluminista. Isso os leva a acreditar na existência de uma racionalidade penal iluminista e em todas as promessas, por assim dizer, do ideal iluminista. Isso faz com que os garantistas, de uma forma ou de outra acreditem no cárcere, ainda que sob os limites de dadas garantias, o fato é que acreditam na pena como meio eficaz para coibir delitos, acreditam no exercício dos mecanismos do sistema penal. Ao fazer isso, não compreendem o ciclo retroalimentador de seu discurso ao insistirem em um discurso da necessidade de melhorar o aparato do sistema penal, propositalmente ou não, acabam por aderir à lógica punitiva.

6. Como meio de enfrentar esse discurso desabonador de participação da vítima no processo penal, primeiramente cuidamos de estabelecer uma necessária diferenciação em alguns discursos de justificação da pena e posteriormente partimos para análise de alguns discursos da criminologia e do abolicionismo penal que para nós vão ao encontro de uma participação da vítima no processo penal. Essa participação tem por escopo se incluir dentro de uma necessária contração do sistema penal, isto é, a participação da vítima pode ser vista como estratégia de um minimalismo penal.

7. De forma muito incidente adentramos na questão da racionalidade iluminista na sua atual exteriorização, a racionalidade instrumental. Como forma de esboçar uma superação que envolva a questão da vítima e do processo, aderimos às necessárias ressalvas estabelecidas a um pensamento que no âmbito filosófico se identifica com a filosofia da racionalidade comunicativa que, por ora tomamos como uma forma de racionalidade crítica. A utilização desse pensamento foi uma forma “simbólica” de demonstrar a possibilidade de pensar o direito penal para além do iluminismo. A opção por essa matriz se deu, principalmente, por ela demonstrar a necessidade de possibilitar atos de falas às pessoas envolvidas em determinadas situações, mormente rotuladas como crime.

8. A influência vitimológica no processo penal tem por consequências duas formas de atuação da vítima. Primeiramente, abordamos a questão da vítima dentro dos chamados modelos consensuais de justiça, para em um segundo momento, abordá-la dentro do processo penal propriamente dito.

9. A inclusão da vítima dentro dos modelos consensuais de justiça pode ser vista inclusive dentro dos modelos de respostas ao delito.

10. Para a abordagem da questão da vítima no processo penal estabeleceu-se o pressuposto, já na introdução, que o modelo que perpassa a órbita do atual sistema penal é do Estado Democrático de Direito. A nota distintiva desse modelo de Estado é a participação das pessoas na elaboração daquilo que se tornará do Estado. Deste modo, as pessoas são ao mesmo tempo destinatárias do modo de ser do Estado e também coautoras deste mesmo Estado. Aplicando-se isso ao modelo normativo, temos que os destinatários do direito entendem-se como ao mesmo tempo coautores do mesmo. É imperativo nesse modelo de Estado (Democrático de Direito) a relação entre Estado, democracia e participação.

11. O processo realizado em contraditório é uma questão essencial quando entendido como forma de direito de participação no Estado Democrático de Direito. Impõem-se como verdadeira garantia de participação em simétrica paridade, o contraditório como oportunidade de participação é consequência da exigência constitucional. A ideia de relação jurídica presume um vínculo de exigibilidade, de subordinação, de supra e infraordenação de sujeição. Sendo garantia, o contraditório não pode ser uma imposição; é antes de tudo uma liberdade protegida que não pode ser fornecida de forma coativa. A evolução do conceito de contraditório no Estado Democrático de Direito é uma exigência da instrumentalidade técnica do processo como consequência da democracia e da liberdade onde os interesses divergentes devem encontrar espaços garantidos para sua manifestação, razão pela qual se pode falar de participação no provimento jurisdicional.

12. No âmbito dos modelos consensuais de justiça, podemos fazer uma distinção a respeito de ao menos dois modelos que muito embora não sejam excludentes, na presente dissertação não abordamos a possível relação entre eles. Fala-se aqui do modelo consensual de justiça baseado na Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais e do modelo de Justiça Restaurativa. As críticas contumazes aos modelos de justiça consensual são de que ou ele incrementa a criminalidade (dado sua forma não punitiva) ou de que eles estariam a serviço de uma perspectiva do processo penal afeto a uma onda neoliberal do direito.

13. No âmbito do Juizados Especiais Criminais, a materialização do consenso ocorre por meio da chamada recomposição dos danos cíveis, da representação, da transação penal e da suspensão condicional do processo. Não olvida as críticas que colacionamos ao modo como, na prática, se tenta estabelecer o consenso nos Juizados, como por exemplo, o fato de que a vítima participa muito pouco, sendo no mais das vezes uma figura que atrapalha a celeridade do procedimento.

14. Contudo, algumas mudanças podem surtir algum efeito no que concerne a uma maior participação e democratização do judiciário. Entre essas mudanças, propugna-se uma

maior participação de conciliadores no âmbito do juizado, uma vez que o propósito é que mesmo a conciliação seja feita por alguém que não terá que decidir o caso, se a composição falhar. Deste modo, o aspecto subjetivo do julgador não ficará viciado em algum acontecimento que ensejou a não realização do acordo.

15. No sentido de maior participação da vítima no processo penal e nos procedimentos dos Juizados Especiais Criminais pode-se defender a ideia de que a vítima poderia participar de forma mais ativa nos mecanismos despenalizadores, como a transação penal e a suspensão condicional do processo (esta aplicável em todos os ritos).

16. Preferiu-se não tratar do modelo de Justiça Restaurativa no mesmo âmbito que dos Juizados Especiais Criminais, porque compreendemos que a inclusão do modelo restaurativo enseja uma revolução no que concerne às práticas punitivas.

17. É necessário ponderar que as influências que o modelo restaurativo recebe são diversas, desde correntes vitimológicas, abolicionistas, não punitivistas de uma maneira geral, e até mesmo aqueles que enxergam no modelo restaurativo uma forma de ampliar o modelo tradicional de punição.

18. A Justiça Restaurativa se apropria muitas vezes do linguajar do abolicionismo, sendo notável a influência que um exerce no outro. O modelo restaurativo na sua resposta a uma conduta rotulada como crime realiza uma abordagem diferente do sistema fundamentado na necessidade de resposta punitiva. O modelo restaurativo evidencia-se ao tentar criar um ambiente e mecanismos que impliquem na tentativa de criação de processo comunicativo entre todos envolvidos, família, sociedade, vítima e ofensor, podendo nesse processo comunicativo resolver o conflito de forma diferente do modelo punitivo, dando oportunidade para que os próprios envolvidos progridam em uma via do consenso. Não seria desarrazoado falar de uma coação pela não coação.

19 Embora não abordada essa questão de forma incisiva, mas depreendida de forma óbvia, o modelo restaurativo poderia ser implementado no âmbito dos Juizados Especiais Criminais, como de fato vem acontecendo em algumas experiências piloto. Poderia se pensar também na criação do modelo restaurativo no âmbito do Estatuto das Crianças e Adolescentes, por meio do instituto da remição.

20. Quanto à participação da vítima no processo penal propriamente dito, esta se materializa com a habilitação do ofendido para participar da ação como assistente do Ministério Público; nos casos de ação penal de iniciativa privada, o ofendido ou seu representante figuram como polo ativo principal e único na queixa-crime.

21. Sobre a finalidade da atuação do assistente de acusação no processo penal, na doutrina abrem-se duas possibilidades: a primeira corrente entende que a participação como assistente deriva, sobretudo do direito à reparação do dano ocasionado pela infração penal; a outra corrente entende que a atuação do assistente não é somente de defender um direito seu a indenização, mas suplementar a atividade do Ministério Público e de auxiliar a acusação na efetivação do *jus puniendi*. Essas compreensões não parecem coadunar com um modelo de Estado Democrático de Direito que exige que as pessoas participem dos processos decisórios de forma integral. Essas correntes acabam por limitar a atividade do ofendido no processo penal, havendo uma participação meramente secundária.

22. A compreensão da vítima no processo penal deve ser construída em ao menos três planos. O primeiro deles decorre do fato de que o direito à reparação do dano foi alçado a categoria de um direito fundamental. Em segundo lugar, é preciso compreender que a atuação da vítima é consequência de um modelo de processo que se pretende ser informado pelo princípio do contraditório e deste modo permitindo a possibilidade de participação de forma ampla nos limites normativos. Por último, em um Estado Democrático de Direito é imprescindível que aqueles que de alguma forma serão afetados por um provimento jurisdicional tenham a possibilidade de influenciar neste provimento. Deste modo, não se pode concertar com o atual poder de influência do ofendido no processo penal, como com o fato de não poder arrolar testemunhas, uma vez que somente na denúncia tal fato pode ser feito.

23. A minirreforma do Código de Processo Penal iniciada em 2008 vai ao encontro de alguns anseios da vitimologia como a comunicação dos atos do processo à vítima. Entretanto, algumas coisas ficaram sendo tratadas por uma sistemática que não coaduna ao modelo de Estado e de processo, como por exemplo, a possibilidade de condução coercitiva da vítima. Nesse sentido, também não andou bem a reforma, ao estabelecer que o juiz fixe, na sentença, um valor mínimo a título de indenização para a vítima. Nos parece que esse tipo de atitude do legislador é próprio de um modelo de Estado paternalista que a tudo quer tutelar e fazer.

24. Quanto às questões sobre o projeto de novo Código de Processo Penal, uma das questões que mais chamam a atenção é sobre a possibilidade de adoção da negociação direta de pena entre o acusado e o Ministério Público. Não parece que adoção *plea bargaining* ou *guilty plea* são as melhores saídas para a constante crise do sistema punitivo.

25. Para além de nossa contrariedade em relação a tal sistema, parece haver mesmo uma grave violação de princípios constitucionais para a adoção de tais institutos como: princípio da presunção da inocência ou do estado de inocência ou da situação jurídica de

inocência ou da não culpabilidade e princípio constitucional geral do devido processo legal. Nesse sentido, a Constituição Federal, ao criar os juizados especiais, autorizou sua constituição para o julgamento de causas de infrações de menor potencial ofensivo, mediante procedimento oral, sumaríssimo e permitidos, nas hipóteses previstas em lei a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau. Não nos parece que crimes apenados até oito (anos) possam ser considerados de menor potencial ofensivo, ainda que o fosse, o mandamento constitucional possibilita que esses crimes sejam afetos ao Juizado Especial Criminal. Também não nos parece possível interpretar a transação estabelecida na Constituição como a mesma negociação que ocorre com o *plea bargaining ou guilty plea*. Em outras palavras, há uma verdadeira impossibilidade político-criminal de se estabelecer o perverso sistema consensual próprio dos países do *common law*.

26. O alargamento do consenso no processo penal como proposto pelo projeto de novo Código de Processo Penal é meramente fundamentado na celeridade do processo, com atropelos das garantias fundamentais e aplicação de pena sem o devido processo penal sem levar em consideração a dimensão intersubjetiva dos envolvidos.

27. A questão da vítima tem sido fruto de constantes debates na atual dogmática penal. É preciso sempre lembrar que a sua inclusão no processo penal não deve ser feita à custa dos direitos dos acusados.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Theodor W. Conceito de esclarecimento. In: _____. **Textos escolhidos**. São Paulo: Nova Cultural, 1999. (Os pensadores).

_____. **Indústria cultural e sociedade**. 4. ed. São Paulo: Paz e Terra: Graal, 2002.

ALBRECHT, Peter-Alexis. **Criminologia: uma fundamentação para o direito penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ALESSI, Georgia. O direito penal moderno entre retribuição e o reconciliação. In: DAL RI JÚNIOR, Arno; SONTAG, Ricardo (Org.). **História do direito penal entre medievo e modernidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

AMARAL, Claudio do Prado. **Bases teóricas da ciência penal contemporânea**. São Paulo: IBCCRIM, 2007.

_____. **Despenalização pela reparação de danos: a terceira via**. Leme: J. H. Mizuno. 2005.

ANDRADE, Manuel da Costa. Consenso e oportunidade. In: CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS. **Jornadas de direito processual penal: o novo Código de Processo Penal**. Coimbra: Almedina, 1992.

_____. **A vítima e o problema criminal**. Coimbra: Coimbra, 1980.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ANITUA, Ignácio. **Historia dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

ASÚA, Luis Jiménez de. **Tratado de direito penal**. Buenos Aires: Losada, 1964. t. 2.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

_____. Princípios do direito penal mínimo. Para uma teoria dos direitos humanos como objeto e limite da lei penal. **Doctrina Penal: Teoria e Prática em las Ciências Penais**, Buenos Aires, ano 10, n. 87, p. 623- 650, 1987.

BARROS, Flaviane de Magalhães. **A participação da vítima no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BATISTA, Weber Martins; FUX, Luiz. **Juizados especiais cíveis e criminais e suspensão condicional do processo**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

BERISTAIN, Antonio. **Derecho penal, criminologia y victimologia**. Curitiba: Juruá, 2007.

BERISTAIN, Antonio. Processo penal y victimas: pasado, presente y futuro. In: ALFARO, Luis Miguel Reyna. (Org.). **Derecho, processo penal y victimologia**. Mendoza: Jurídicas Cuyo, 2003.

BINDER, Alberto M. **Justicia penal y estado de derecho**. 2. ed. Buenos Aires: Ad Hoc, 2004.

BITTENCOURT, Edgar de Moura. **Vítima**. São Paulo: Universitária de Direito, 1972.

BORGES, Paulo César Corrêa. **Direito penal democrático**. Franca: Lemos & Cruz, 2005.

_____. Direito penal mínimo e contravenção de vadiagem. In: _____. (Org.). **Leituras de um realismo jurídico-penal marginal**. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2013.

_____. **Reparação do crime pelo Estado**. Franca: Lemos & Cruz, 2003.

BRAITHWAITE, John. Setting standards for Restorative Justice. **British Journal of Criminology**, Canberra, v. 42, n. 3, p. 563-577, jun. 2002.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 5 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 5 out. 1988. Anexo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 11 ago. 2013.

_____. Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 25 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18072.htm>. Acesso em: 19 fev. 2014.

_____. Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 26 set. 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm>. Acesso em: 25 fev. 2014.

_____. Lei n. 11.690, de 9 de junho de 2008. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 9 jun. 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm>. Acesso em: 16 fev. 2014.

_____. Lei n. 11.689, de 9 de junho de 2008. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos ao Tribunal do Júri, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 9 jun. 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/111689.htm>. Acesso em: 16 fev. 2014.

_____. Lei n. 11.719/2008, de 20 junho de 2008. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à suspensão do processo, emendatio libelli, mutatio libelli e aos procedimentos. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 9 jun. 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11719.htm>. Acesso em: 16 fev. 2014.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Normas e Princípios das Nações Unidas em Matéria de Prevenção ao Crime e Justiça Criminal**. Brasília, DF: Secretaria Nacional de Justiça, 2009.

_____. Projeto de Lei n. 8.045/2010, de 7 de dezembro de 2010. Código de Processo Penal. **Diário da Câmara dos Deputados**, Brasília, DF, 4 fev. 2011. p. 2740. col. 1. v. 3/4.

Disponível em:

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=831788&filename=PL+8045/2010>. Acesso em: 4 abr. 2014.

_____. Lei n. 12.845, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre o atendimento obrigatório e integral de pessoas em situação de violência sexual. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 1º ago. 2013. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm>. Acesso em: 16 fev. 2014.

_____. **Supremo Tribunal Federal**: pesquisa: pesquisa de jurisprudência. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 11 mar. 2014.

BRONNER, Eric Stephen. **Da teoria crítica e seus teóricos**. Campinas: Papyrus, 1997.

CÂMARA, Costa Guilherme. **Programa de política criminal**. São Paulo: Ed. RT; Coimbra: Coimbra, 2006.

CAMUS, Albert. **O estrangeiro**. Rio de Janeiro: Record, 1957.

CAPEZ, Fernando. **Consentimento do ofendido e violência desportiva**. São Paulo: Saraiva, 2003.

CARDOSO, Henrique Ribeiro. **Proporcionalidade e argumentação**: a teoria de Robert Alexy e seus pressupostos filosóficos. Curitiba: Juruá, 2009.

CARVALHO, Salo; WUNDERLICH, Alexandre (Org.). **Diálogos sobre a justiça dialogal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CERVINI, Raul. **Os processos de descriminalização**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais 1995.

CHIES, Luiz Antônio Bogo. É possível se ter o abolicionismo como meta, admitindo-se o garantismo como estratégia? In: CARVALHO, Salo; WUNDERLICH, Alexandre (Org.). **Diálogos sobre a justiça dialogal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CHRISTIE, Nils. **A indústria do controle do crime**: a caminho dos gulags em estilo ocidental. Tradução de Luis Leiria. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

_____. Los conflictos como pertenencia. In: MAIER, Julio B. J. **De los delitos y de las víctimas**. Buenos Aires: AD-HOC, 1992.

_____. **Uma razoável quantidade de crime**: Tradução de André Nascimento. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, 2011.

CORDEIRO, Euller Xavier. Rompendo com o historicismo jurídico positivista: uma abordagem da vítima. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE HISTÓRIA DO DIREITO: As formas do direito, ordem, razão e decisão: Experiências jurídicas antes e depois da modernidade, 5., 2011, Curitiba. **Anais....** Curitiba: IBDH, 2011. p. 660-671.

_____. Vitimodogmática uma análise dogmática da vítima. In: FREITAS, Marisa Helena D'Arbo Alves de; FALEIROS JÚNIOR, Roberto Galvão. (Org.). **Estudos contemporâneos de vitimologia**. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2011.

_____. **Vitimodogmática: o comportamento da vítima na perpetração do delito e seus reflexos na dogmática jurídico-penal**. 2009. 74 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito) - Faculdade de História, Direito e Serviço Social, Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho", Franca, 2009.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia**. Coimbra: Coimbra, 1992.

DÍAZ, Elías. **Estado de derecho y sociedad democratica**. Madrid: EDICUSA, 1975.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

ESER, Albin. **Sobre a exaltación del bien jurídico a costa de la víctima**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.

FERNANDES, Antonio Scarance. **O papel da vítima no processo criminal**. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. **Processo penal constitucional**. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2005.

_____. **Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal**. São Paulo: Ed. RT, 2005.

FERNANDES, Fernando Andrade. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Almedina, 2001.

FERNANDES, Newton; FERNANDES, Valter. **Criminologia integrada**. São Paulo: Ed. RT, 1995.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. 3. ed. São Paulo: Ed. Revistas dos Tribunais, 2010.

FONSECA, Ricardo Marcelo. **Introdução teórica à história do direito**. Curitiba: Juruá, 2011.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Petrópolis: Vozes, 2004.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia da autonomia**. São Paulo: Paz e Terra, 2011.

FREITAS, Marisa Helena D' Arbo Alves de. O direito penal simbólico e o engodo da segurança pública. In: BORGES, Paulo César Corrêa. (Org.). **Leituras de um realismo jurídico-penal marginal**. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2013.

_____. Proteção legal das vítimas de crimes no direito brasileiro. In:_____; FALEIROS JÚNIOR, Roberto Galvão (Org.). **Estudos contemporâneos de vitimologia**. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2011.

_____. **Responsabilidade do estado pelos danos às vítimas de crimes**. 2001. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de História, Direito e Serviço Social, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2001.

GÁRCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2000.

_____. Introdução aos fundamentos teóricos da criminologia. (tradução de Luiz Flávio Gomes). In: _____.; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2000. pte. 1.

GOMES, Luiz Flávio. **Suspensão condicional do processo**. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1997.

GOMES PINTO, Renato Sócrates. Justiça Restaurativa é possível no Brasil? In: SLAKMON, Catherine; VITTO, Renato Campos Pinto de; GOMES PINTO, Renato Sócrates. (Org.). **Justiça restaurativa**. Brasília, DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, 2005.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro : AIDE, 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **As nulidades no processo penal**. 7. ed. São Paulo: Ed. RT, 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Juizados especiais criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995**. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2005.

GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. 2. ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. 2 v.

_____. **A inclusão do outro: estudos de teoria e política**. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002.

_____. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. 2 v.

_____. **O discurso filosófico da modernidade**. Tradução de Luiz Sergio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes. 2000.

HASSEMER, Winfried. **Direito penal libertário**. Tradução de Regina Greve. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

_____. **Fundamentos de direito penal**. Barcelona: Bosch, 1992.

HERRERA FLORES, Joaquím. **Teoria crítica dos direitos humanos**: os direitos humanos como produtos culturais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

HIRSCH, Hans Joaquim. La reparación del dano en le marco del marco del derecho penal material. In: MAIER, Julio. (Comp.). **De los delitos y de las víctimas**. Buenos Aires: AD-HOC, 2001.

HOWARD, Becker S. **Outsiders**. São Paulo: Jorge Zahar, 2008.

HULSMAN, Louk. **Pensar em clave abolicionista**. Buenos Aires: Cinap, 1997.

_____.; CELIS, Jaqueline Bernat. **Penas perdidas**: o sistema penal em questão. Niterói: Luam, 1997.

JACCOUD, Mylène. Princípios, Tendências e Procedimentos que cercam a Justiça Restaurativa In: SLAKMON, Catherine; VITTO, Renato Campos Pinto de; GOMES PINTO, Renato Sócrates. (Org.). **Justiça restaurativa**. Brasília, DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, 2005.

JAKOBS, Günther. **Teoria do injusto penal**. Tradução de Gercelia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

JARDIM, Afrânio Silva. **Ação penal pública**: princípio da obrigatoriedade. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

JORGE, Alline Pedra. **Em busca da satisfação dos interesses da vítima penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

KANT, Emmanuel. **Doutrina do direito**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Ícone, 1993.

LARRARI, Elena. Criminología crítica: abolicismo y garantismo. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, v. 1, n. 50, p. 171-195, 1997.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

LEITE, Rosimeire Ventura. **Justiça consensual**: efetividade do processo penal. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Introdução crítica ao processo penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juri, 2006.

LUDWIG, Celso L. **Formas da razão**: racionalidade jurídica e fundamentação do direito. 1997. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 1997.

MACHADO, Antonio Alberto. **Curso de processo penal**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. Minimalismo penal: retórica e realidade. In: BORGES, Paulo César Corrêa. (Org.). **Leituras de um realismo jurídico-penal marginal**. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2013.

_____. **Ministério público: democracia e ensino jurídico**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

_____. **Teoria geral do processo penal**. São Paulo: Atlas, 2009.

MAÍLLO, Alfonso Serrano. **Introdução à criminologia**. São Paulo: Ed. RT, 2004.

MARSHALL, Chris; BOYACK, Jim; BOWEN, Helen. Como a justiça restaurativa assegura a boa prática: uma abordagem baseada em valores. In: SLAKMON, Catherine; VITTO, Renato Campos Pinto de; GOMES PINTO, Renato Sócrates. (Org.). **Justiça restaurativa**. Brasília, DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, 2005.

MARX, Karl. **Textos escolhidos**. São Paulo: Nova Cultural, 1999. (Os pensadores).

MATHIESEN, Thomas. A caminho do século XII – abolição, um sonho possível? **Verve**: Revista Semestral Autogestionária do Nu-Sol, São Paulo, n. 4, p. 80-111, 2003. Disponível em: <<http://revistas.pucsp.br/index.php/verve/issue/view/343/showToc>>. Acesso em: 20 out. 2013.

MELO, Eduardo Rezente et al. **Justiça restaurativa e comunitária em São Caetano do Sul**. São Paulo: CECIP, 2008.

MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e fábrica: as origens do sistema penitenciário**. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

MENDONÇA, Andrey Borges de. **Nova reforma do código de processo penal**. São Paulo: Método, 2008.

MERTON, Robert King. **Sociologia: teoria e estrutura**. São Paulo: Mestre Jou, 1970.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal: parte geral**. 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2004.

MORRIS, Alisson. Criticando os Críticos: uma breve resposta aos críticos da Justiça Restaurativa. In: SLAKMON, Catherine; VITTO, Renato Campos Pinto de; GOMES PINTO, Renato Sócrates. (Org.). **Justiça restaurativa**. Brasília, DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, 2005.

NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo. (Org.). **Direito e democracia: um guia de leitura de Habermas**. São Paulo: Malheiros, 2008.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais**. Curitiba: Juruá, 2008.

OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt. **A vítima e o direito penal**. São Paulo: Ed. RT, 1999.

OLIVEIRA, Edmundo. **Vitimologia e direito penal**. 4. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos humanos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

OLIVEIRA, Frederico Abrahão. **Vítimas e criminosos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1983.

ONU. **Declaração de Princípios Básicos de Justiça para Vítimas de Crime e de Abuso de Poder**. Adotada pela Assembléia Geral das Nações Unidas na sua resolução 40/34, de 29 de Novembro de 1985. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direitos-Humanos-na-Administra%C3%A7%C3%A3o-da-Justi%C3%A7a.-Prote%C3%A7%C3%A3o-dos-Prisioneiros-e-Detidos.-Prote%C3%A7%C3%A3o-contr-a-Tortura-Maus-tratos-e-Desaparecimento/declaracao-dos-principios-basicos-de-justica-relativos-as-vitimas-da-criminalidade-e-de-abuso-de-poder.html>>. Acesso em: 12 jun. 2013.

_____. **Declaração Universal Dos Direitos Humanos**. Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em: 12 jun. 2013.

PALLAMOLLA, Rafaela da Porcinula. **Justiça restaurativa: da teoria à prática**. São Paulo: IBCCRIM, 2009.

PASUKANIS, Evgueni. **Teoria geral do direito e marxismo**. Coimbra: Centelha, 1977.

PEREIRA, José Cláudio. **Princípio da oportunidade e justiça penal negociada**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

PIEIDADE JUNIOR, Heitor. **Vitimologia: evolução no tempo e espaço**. Rio de Janeiro: Frei Bastos, 1993.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Max Limonad, 1996.

PIRES, Álvaro. Alguns obstáculos a uma mutação humanista do direito penal. **Sociológicas**, Porto Alegre, v. 1, n.1, p. 64-89, 1999.

_____.; DUBÉ, Richard. A refundação da sociedade. **TOMO: Revista do Núcleo de Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais da Universidade de Sergipe**, Aracajú, v. 1, n. 17, p. 16-37, 1999.

RAYE, Barbara; ROBERTS, Ann Warner. Restorative processes. In: JOHNSTONE, Gerry; VAN NESS, Daniel W. (Ed.). **Handbook of restorative justice**. Cullompton. Portland: Willan Publishing, 2007.

RODRIGUEZ MANZANERA, Luis. **Victimologia**. México: Porrúa, 1989.

RODRIGUEZ MANZANERA, Luis. **Victimologia**: estudos de la víctima. México: Porrúa, 1999.

ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico- penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. La reparación no sistema de los fines de la pena. In: MAIER, Julio. (Comp.). **De los delitos y de las víctimas**. Buenos Aires: AD-HOC, 2001.

_____. **Problemas fundamentais de direito penal**. Tradução de Ana Paula dos Santos Luis Natscherad. 3. ed. Lisboa: Vega, 2004.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A criminologia radical**. Curitiba: Lumen Juris, 2006.

_____. **Direito penal**: parte geral. 2. ed. Florianópolis: Conceito, 2012.

SÃO PAULO (Cidade). Lei n. 13.198, de 30 de outubro de 2001. Dispõe sobre a assistência às vítimas de violência e dá outras providências. **Diário Oficial Cidade de São Paulo**, São Paulo, SP, 31 out. 2001. Disponível em: <<http://camaramunicipalsp.qaplaweb.com.br/>>. Acesso em: 20 abr. 2013.

SCURO NETO, Pedro. **Sociologia geral jurídica**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

SEGATO, Antonio Ianni. A tensão entre a facticidade e validade. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo. (Org.). **Direito e democracia**: um guia de leitura de Habermas. São Paulo: Malheiros, 2008.

SICA, Leonardo. Justiça restaurativa: críticas e contra críticas. **Revista IOB de Direito Penal e Processo Penal**, Porto Alegre, v. 8, n. 47, p. 158-189, jan. 2008.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SILVA, Eduardo Araújo da. **Ação penal pública**: princípio da oportunidade regrada. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

SILVA, João Carlos Carvalho da. **A reconstrução do discurso do direito penal na pós-modernidade**: para uma análise crítica da justiça restaurativa. 2011. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA, Maria Coeli Nobre da. **Justiça de proximidade (restorative justice)**: instrumento de proteção dos direitos humanos para a vítima. Curitiba: Juruá, 2009.

SILVA, Roberto de Abreu e Silva. **Sentença condenatória criminal e a reparação de danos: a estratégia de atuação da vítima.** Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010.

SOLÉ RIERA, Jaume. **La tutela de la víctima en el proceso penal.** Barcelona: José Maria Bosch, 1997.

SOUZA NETTO, José Laurindo de. **Processo penal: sistemas e princípios.** Curitiba: Júrua, 2003.

TORRENS, Laerte Macedo. Ao lado das vítimas. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 4, n. 14, p. 183-191, abr./jun. 1996.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Apresentação. In: PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** São Paulo: Max Limonad, 1996.

VARGAS, Heber Soares. Periculosidade vitimal. In: KOSOVSKI, Ester (Org.). **Vitimologia em debate.** Rio de Janeiro: Forense, 1990.

VOGLER, Richard. Justiça consensual e processo penal. In: CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai. (Org.). **Processo penal e Estado de direito.** Campinas: Edicamp, 2002.

WACQUANT, Loic. **Punir os pobres: a nova gestão de miséria nos Estados Unidos.** 3.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Fundamentos da história do direito no Brasil.** Rio de Janeiro: Forense, 1996.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas.** 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

_____.; BATISTA, Nilo. **Direito penal brasileiro.** 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. v. 1.

_____.; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral.** 6. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006.