



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO (STRICTO SENSU)
MESTRADO ACADÊMICO E DOUTORADO

RAFHAEL RAMOS NEPOMUCENO

**A INVISIBILIDADE DA VÍTIMA NA PERSECUÇÃO PENAL SOB AS LENTES DA
REPARAÇÃO DO DANO**

FORTALEZA

2023

RAFHAEL RAMOS NEPOMUCENO

A INVISIBILIDADE DA VÍTIMA NA PERSECUÇÃO PENAL SOB AS LENTES DA
REPARAÇÃO DO DANO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Constituição, Sociedade e Pensamento Jurídico.

Orientador: Prof. Dr. Gustavo César Machado Cabral.

FORTALEZA

2023

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Sistema de Bibliotecas
Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

N362i Nepomuceno, Rafael Ramos.
A invisibilidade da vítima na persecução penal sob as lentes da reparação do dano / Rafael Ramos
Nepomuceno. – 2023.
240 f. : il. color.

Dissertação (mestrado) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, 2023.

Orientação: Prof. Dr. Gustavo César Machado Cabral.

1. vítimas. 2. direito das vítimas. 3. vitimologia. 4. reparação do dano. I. Título.

CDD 340

RAFHAEL RAMOS NEPOMUCENO

A INVISIBILIDADE DA VÍTIMA NA PERSECUÇÃO PENAL SOB AS LENTES DA
REPARAÇÃO DO DANO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Constituição, Sociedade e Pensamento Jurídico.

Orientador: Prof. Dr. Gustavo César Machado Cabral.

Aprovada em: 18/11/2023

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Gustavo César Machado Cabral (Orientador)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Dr. Sérgio Bruno Araújo Rebouças
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Dr. Emetério Silva de Oliveira Neto
Universidade Regional do Cariri (URCA)

*À todas as vítimas deste país e seus familiares
que experimentaram as amarguras do nosso
sistema de justiça crimina, deixo o meu
pequeno contributo e registro de esperança por
dias melhores.*

AGRADECIMENTOS

A Deus, pois é Ele quem tem sido o autor da minha vida, guiando-me pelos caminhos que levaram a este momento significativo.

À minha família, pilar inabalável de meu desenvolvimento pessoal e acadêmico. A vocês, que suportaram com amor e paciência os períodos de minha ausência e compreenderam as exigências que este curso impôs sobre nosso tempo juntos. Cada página deste trabalho contém não apenas pesquisa e estudo, mas também o reflexo do apoio e do incentivo que recebi de cada um de vocês.

Ao Ministério Público do Estado do Ceará, instituição à qual expresse minha profunda gratidão. É com imenso orgulho que represento esta casa no campo acadêmico e busco aprimorar meus conhecimentos, particularmente no que diz respeito aos direitos das vítimas. Firmo o compromisso de retornar à minha instituição com uma visão aprofundada e prática que possa contribuir para a nossa missão de promover a justiça e defender os direitos dos cidadãos. Que este trabalho sirva como um instrumento útil para a promoção de uma sociedade mais justa e igualitária, valores fundamentais que o Ministério Público defende ardorosamente.

Ao Professor e Orientador Gustavo César Machado Cabral, por sua incansável orientação e apoio ao longo desta jornada acadêmica. Levo deste período uma grande admiração pela sua vocação acadêmica e docência dedicada, sempre extremamente solícito e atencioso nos momentos em que mais necessitei. O conhecimento e a experiência que adquiri sob sua orientação vão muito além das paredes da universidade e serão fundamentais na minha carreira acadêmica. Estendo os agradecimentos à minha banca examinadora, Dr. Sérgio Bruno Araújo Rebouças e Dr. Emetério Silva de Oliveira Neto, cujas contribuições foram inestimáveis.

Aos professores do Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal do Ceará (UFC), que a cada aula e seminário, depositaram em mim não apenas o saber técnico, mas também valores éticos e humanos que se modificaram a minha visão de mundo. Se hoje posso afirmar que sou um profissional mais qualificado, posso imputar, sem medo de errar, que isso se deve aos meus mestres que tanto se dedicaram a me tornar alguém maior e melhor.

Aos meus queridos colegas: voltar ao banco da universidade ladeado de vocês foi uma honra! Dividimos angústias, compartilhamos conhecimentos, desfrutamos de um mesmo objetivo. Não foi uma jornada simples, mas tê-los ao meu lado tornou tudo mais leve e feliz. O fim deste ciclo acadêmico não representa o fim de nossa jornada juntos, mas o começo de novos caminhos que, tenho certeza, continuarão a se cruzar. Obrigado por serem mais do que colegas de turma, mas verdadeiros companheiros de trajetória.

RESUMO

A vítima do crime não tem recebido uma adequada atenção pela doutrina nacional, que pouco tem se debruçado em analisar o seu papel dentro da persecução criminal e no desenvolvimento de políticas públicas voltadas para sua proteção. Não é só o crime que deixa suas marcas, mas também o processo penal tem contribuído – e muito – com a vitimização secundária, ou seja, o abandono da vítima pelo Estado, o qual se apropriou do poder punitivo e a transmudou para mera noticiante do fato criminoso. Fixando o garantismo de Luigi Ferrajoli como ponto de partida, a pesquisa buscará lançar um olhar mais sensível a um processo penal multidimensional, que enxerga também a vítima como protagonista, e não apenas o autor do crime. Estudaremos, com raízes históricas, o lugar da vítima no sistema de justiça criminal, analisando os impactos do movimento vitimológico e contextualizando a proteção constitucional dos seus direitos, abrindo as lentes para a inserção dos seus interesses como *standard* direito humano e fundamental. Dentre a ampla gama de direitos que tem sido negligenciado à vítima penal, iremos nos aprofundar no que reputamos que seja o mais básico deles - a reparação do dano que lhe foi causado pelo ofensor – que será utilizado como uma lente para a investigação do grau de (in)visibilidade da vítima durante a persecução penal. A metodologia adotará a abordagem quali-quantitativa, será aplicada e explicativa. Quanto aos procedimentos, nos utilizaremos da revisão bibliográfica e da análise documental de processos e inquéritos policiais que tramitam nas Varas do Júri da comarca de Fortaleza/CE.

Palavras-chave: vítimas; direito das vítimas; Vitimologia; reparação do dano.

ABSTRACT

The victim of crime has not received adequate attention by the national doctrine, which has not focused on analyzing its role in criminal prosecution and in the development of public policies aimed at his protection. It is not only the crime that leaves its mark, but the criminal process has also contributed – and a lot – to secondary victimization, that is, the abandonment of the victim by the State, which appropriated the punitive power and transformed it into a mere news of the criminal fact. Setting Luigi Ferrajoli's guaranteeism as a starting point, the research will seek to launch a more sensitive look at a multidimensional criminal process, which also sees the victim as the protagonist, and not just the author of the crime. We will study, with historical roots, the place of the victim in the criminal justice system, analyzing the impacts of the victimological movement and contextualizing the constitutional protection of their rights, opening the lens for the insertion of their interests as a standard of human and fundamental right. Among the wide range of rights that have been neglected for criminal victims, we will delve deeper into what we consider to be the most basic of them - reparation for the damage caused to them by the offender - which will be used as a lens for investigating the degree of (in)visibility of the victim during criminal prosecution. The methodology will adopt a qualitative-quantitative approach, will be applied and explanatory. As for procedures, we will use the bibliographical review and documentary analysis of police processes and investigations that are being processed in the Jury Courts of the district of Fortaleza/CE.

Keywords: victims; victims' rights; victimology; damage repair.

LISTA DE GRÁFICOS

| | |
|---|-----|
| Gráfico 1 – Menção à reparação dos danos no inquérito policial | 214 |
| Gráfico 2 – Requerimentos do MP para diligências policiais | 215 |
| Gráfico 3 – Requerimento expresso de reparação de danos pelo MP na denúncia | 216 |
| Gráfico 4 – Relação entre as condenações por crime doloso contra a vida e reparação | 217 |
| Gráfico 5 – Sentenças que analisaram a reparação do dano | 218 |
| Gráfico 6 – Sentenças que implementaram a reparação do dano | 219 |
| Gráfico 7 – Reparação de danos na sentença quando há pedido expresso do MP | 220 |
| Gráfico 8 – Recursos do MP referente à reparação dos danos | 221 |

LISTA DE TABELAS

| | |
|---|-----|
| Tabela 1: Cifras ocultas (taxa de subnotificação) | 85 |
| Tabela 2 – Distribuição de audiências nas Varas do Tribunal do Júri | 212 |
| Tabela 3 – Quantitativo de Júris analisados | 213 |
| Tabela 4 – Relação de condenações, absolvições e desclassificações | 214 |
| Tabela 5 – Pedidos expressos do MP de reparação dos danos na denúncia | 215 |
| Tabela 6 – Sentenças condenatórias e o capítulo sobre a reparação dos danos | 217 |

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

| | |
|-------|---|
| ADI | Ação Direta de Inconstitucionalidade |
| ADIO | Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão |
| ART | Artigo |
| CADH | Convenção Americana sobre Direitos Humanos |
| CC | Código Civil |
| CNJ | Conselho Nacional de Justiça |
| CNMP | Conselho Nacional do Ministério Público |
| CP | Código Penal |
| CPC | Código de Processo Civil |
| CPP | Código de Processo Penal |
| CR/88 | Constituição da República de 1988 |
| E-SAJ | Sistema de Automatização da Justiça, plataforma externa |
| FUPEN | Fundo Penitenciário Nacional |
| IDH | Interamericana de Direitos Humanos |
| LEP | Lei de Execução Penal |
| MPCE | Ministério Público do Estado do Ceará |
| PGR | Procuradoria-Geral da República |
| PL | Projeto de lei |
| STF | Supremo Tribunal Federal |
| STJ | Superior Tribunal de Justiça |
| TJCE | Tribunal de Justiça do Estado do Ceará |
| | |

SUMÁRIO

| | | |
|-------|---|-----|
| 1 | INTRODUÇÃO | 14 |
| 2 | O LUGAR DA VÍTIMA NA HISTÓRIA DO SISTEMA DE JUSTIÇA | 20 |
| 2.1 | A idade de ouro | 21 |
| 2.2 | O confisco do conflito | 36 |
| 2.3 | A ascensão do movimento vitimológico | 50 |
| 3 | ANÁLISE VITIMOLÓGICA DOS PROCESSOS DE VITIMIZAÇÃO | 61 |
| 3.1. | Raízes teóricas da Vitimologia | 61 |
| 3.2 | Perspectivas e dimensões da vítima criminal | 65 |
| 3.2.1 | <i>Concepção etimológica</i> | 66 |
| 3.2.2 | <i>Concepção criminológica e vitimológica</i> | 67 |
| 3.2.3 | <i>Concepção jurídica</i> | 69 |
| 3.3 | Processos de vitimização | 75 |
| 3.3.1 | <i>Vitimização primária</i> | 76 |
| 3.3.2 | <i>Vitimização secundária, sobrevitimização ou revitimização</i> | 79 |
| 3.3.3 | <i>Vitimização terciária</i> | 87 |
| 3.4 | A vitimização difusa ou virtual | 93 |
| 3.5 | Vitimização de gênero e os códigos criminais | 98 |
| 4 | A TUTELA AMPLIADA À VÍTIMA CRIMINAL COMO STANDARD DE DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS | 104 |
| 4.1 | O imperativo da dignidade da pessoa humana da vítima criminal | 105 |
| 4.2 | Interseções e tensões entre garantismo penal e tutela vitimária | 109 |
| 4.3 | Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) e obrigações processuais penais positivas em face das vítimas criminais | 116 |
| 4.4 | Desconstruindo o mito da antítese entre direitos das vítimas e dos acusados | 128 |
| 4.5 | O espaço controverso da vítima na teoria da pena | 141 |
| 5 | A REPARAÇÃO DO DANO NA RECONSTRUÇÃO DA DIGNIDADE DA VÍTIMA CRIMINAL | 149 |
| 5.1 | A reparação do dano à vítima sob o enfoque da justiça restaurativa | 149 |
| 5.2 | O papel da reparação dos danos nos diversos modelos de reação ao delito | 154 |
| 5.3 | Reparação pública em prol das vítimas criminais e a omissão constitucional do Estado brasileiro em conferir eficácia ao art. 245 do ADCT | 157 |
| 5.4 | O assistente de acusação como ferramenta deficiente de tutela vitimária | 165 |

| | | |
|---------------|--|------------|
| 5.5 | Ferramentas de reparação de dano à vítima penal no ordenamento jurídico brasileiro..... | 170 |
| 5.5.1 | <i>Sistema processual de reparação do dano</i> | 170 |
| 5.5.2 | <i>Ação de execução ex delicto</i> | 174 |
| 5.5.3 | <i>Ação civil ex delicto</i> | 176 |
| 5.5.4 | <i>Medidas assecuratórias no processo penal para reparação do dano</i> | 181 |
| 5.5.5 | <i>A reparação do dano nos Juizados Especiais</i> | 182 |
| 5.5.6 | <i>A prestação pecuniária nas penas restritivas de direitos</i> | 187 |
| 5.5.7 | <i>Acordo de não persecução penal.....</i> | 188 |
| 5.5.8 | <i>Reparação do dano ao erário público</i> | 190 |
| 5.5.9 | <i>Reparação do dano à vítima no Código Penal</i> | 191 |
| 5.3.10 | <i>Reparação do dano nas demais legislações penais extravagantes.....</i> | 193 |
| 5.6 | Parâmetros e restrições da reparação mínima do art. 387, IV do CPP..... | 194 |
| 5.7 | A eficácia da indenização mínima do art. 387, IV do CPP à luz da análise de processos criminais de competência do Tribunal do Júri no Estado do Ceará | 203 |
| 5.7.1 | <i>Metodologia e apresentação analítica dos dados obtidos.....</i> | 204 |
| 5.7.2 | <i>A reparação dos danos nos crimes de homicídio.....</i> | 206 |
| 5.7.3 | <i>Exposição dos dados obtidos</i> | 211 |
| 5.7.4 | <i>Decodificando os resultados através de uma análise crítica das razões.....</i> | 221 |
| 6 | CONCLUSÃO..... | 226 |
| | REFERÊNCIAS | 231 |

1 INTRODUÇÃO

A vítima do crime ainda não recebeu a devida atenção no cenário nacional, apesar do esforço de uma recente doutrina que têm se debruçado em analisar o seu adequado papel dentro da persecução criminal e no desenvolvimento de políticas públicas voltadas para sua proteção. Não é só o crime que deixa suas marcas, mas também o processo penal tem contribuído – e muito – com a vitimização secundária, ou seja, o abandono da vítima pelo Estado que, a despeito de tutelar os seus direitos, em muitas oportunidades acaba sendo o próprio agente vitimário.

Logo de início, cumpre enfatizar uma premissa essencial da qual pretendemos nos recorrer no presente trabalho: não buscaremos questionar a tutela dos direitos fundamentais dos acusados no processo penal e os avanços que o tema tem alcançado na doutrina e jurisprudência nacional. Um processo penal justo deve estar fincado nas sólidas premissas da ampla defesa, contraditório e do devido processo legal, alicerces primordiais de um Estado Democrático de Direito. A violação de direitos e garantias penais do acusado acaba por transformá-lo em mais uma vítima do processo penal, em nada contribuindo para a promoção da justiça e da paz social. Nossa missão é contribuir para a quebra dessa falsa dicotomia.

Fixando o garantismo de Luigi Ferrajoli¹ como ponto de partida, precisamos ir além para lançar um olhar mais sensível a um processo penal multidimensional, que enxerga também a vítima como protagonista, e não apenas o autor do crime. É plenamente possível (e cogente) ofertar, tanto para a vítima como para o acusado, um processo penal constitucional e humanizado, sem que a promoção dos direitos do primeiro implique na negação das garantias processuais do segundo.

Nesse contexto, dentre a ampla gama de direitos que tem sido negligenciado à vítima penal, iremos nos aprofundar no que reputamos que seja o mais básico deles: a reparação dos danos que lhe foram causados pelo ofensor. Afinal, um processo penal que não devolva à vítima o prejuízo – material ou moral - que lhe foi causado, lhe negará o mínimo, não sendo digno de se qualificar como constitucional ou convencional.

Para alcançarmos essa compreensão, no capítulo 2 iremos traçar a cronologia histórica sobre o papel da vítima na solução dos conflitos, diferenciando as progressivas etapas evolutivas da tutela dos seus direitos e interesses, com enfoque na perspectiva da reparação dos danos. Será possível observar que a preocupação com os direitos das vítimas seguiu um

¹ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Madrid: Editorial Trotta, 2000.

movimento pendular ao longo da história: de um ponto de partida em que a vítima era soberana na solução do conflito (a chamada “idade de ouro”), passamos para uma etapa diametralmente oposta, onde ela foi estigmatizada, marginalizada e esquecida (a etapa do “confisco do conflito”). Assim, partiremos de um longo período em que se construíram mecanismos eficazes de reparação dos danos às vítimas a uma era em que esse direito foi completamente marginalizado em detrimento dos cofres públicos, que usurparam quase completamente o direito da vítima a ser ressarcida dos prejuízos que sofreu.

Explicaremos o contexto histórico em que se desenvolveu cada uma dessas fases, com seus referidos marcos, para que, somente após, tenhamos chegado à atual fase que ainda se encontra sob sedimentação – o “redescobrimento” -, em que foi lançado um novo olhar, desta feita mais sensível à imprescindibilidade de tutelar os interesses das vítimas. Nesse contexto, iremos já lançar uma atenção sobre um tema fundamental para o objetivo central do nosso estudo: o nascimento e a ascensão da Vitimologia, uma ciência que se desenvolveu mediante a inclusão da vítima nas discussões dos conflitos jurídico-criminais, em que a reparação do dano ganhou um especial tratamento.

No capítulo 3, fixaremos algumas premissas teóricas e conceituais importantes e que irão nos acompanhar ao longo do presente estudo científico, iniciando pela compreensão das concepções de vítima penal, e depois avançando para os processos de vitimização.

Avançaremos ao capítulo 4 para tratar sobre a tutela dos direitos das vítimas enquanto *standard* de direitos humanos e fundamentais, já afinando concretamente para a problemática desta pesquisa. O primeiro passo para esse estudo será definir conceitualmente quem é a vítima objeto deste trabalho. Apesar de o assunto conter aparência de simplicidade, encontra uma série de complexidades que, inobstante não tenhamos a ambição de solucionar, nos fornecerão um arcabouço teórico para enfrentar as questões que surgirão adiante. Será trabalhado o seu conceito pelos vieses etimológico, jurídico, crítico-vitimológico, bem como realizaremos uma abordagem decolonial.

Estudaremos a vitimização e seus processos, passando pela vitimização primária, consistente nos danos causados à vítima de forma direta ou indireta em razão do crime praticado; a vitimização secundária, também conhecida como sobrevivitização ou revitimização, que resulta das instâncias formais de controle social que, no decorrer do processo de registro e apuração do crime, acabam por ocasionar um sofrimento adicional causado pela dinâmica do procedimento judicial (precisamos que o leitor compreenda especialmente esse processo em suas exatas dimensões para que logremos êxito no escopo desta pesquisa); e a vitimização terciária, aquela provocada pela própria comunidade à qual a vítima pertence,

acabando por violar ainda mais a sua esfera de direitos, avassalando tudo que lhe resta de dignidade.

Iremos compreender a tutela constitucional da vítima de crime, situando-a dentro da teoria dos direitos fundamentais, especialmente em sua dimensão objetiva, que impõe que tais direitos sejam observados também sob o prisma da sociedade e da comunidade na sua totalidade, e a eficácia horizontal, que resulta no dever do Estado em garantir proteção de dignidade aos cidadãos, mesmo em face da atuação de terceiros. Como veremos, a efetiva tutela dos direitos das vítimas é essencial para que sustentemos o princípio da dignidade da pessoa humana, em todos os vetores, enquanto vetor norteador do nosso Estado Democrático de Direito.

Não nos furtaremos ao debate sobre o garantismo penal e sua contemporânea interpretação pela doutrina nacional, o que tem acabado por ocasionar uma falsa dicotomia consistente na premissa de que, para proteger os direitos dos acusados, devemos subtrair os direitos das vítimas penais, bem como abordagens punitivistas que sustentam o pensamento inverso. Nessa esteira, pretendemos articular uma compreensão no sentido de que tais direitos não são contrapostos, sendo dever do Estado harmonizá-los, sem que para isso precisemos renunciar às garantias historicamente conquistadas pelos acusados no Direito Penal, e nem tampouco marginalizar as vítimas do processo criminal.

A vítima será localizada no interior da esfera de proteção dos Direitos Humanos através de sua principiologia, objeto e características, em uma breve digressão. Será realizada uma abordagem sobre os tratados e convenções internacionais de Direitos Humanos que tutelam os direitos das vítimas de crimes, e como esses instrumentos normativos integram o nosso direito interno, com enfoque no mecanismo do controle de convencionalidade das normas que influenciam na tutela desses interesses. Iremos enfrentar o tema das obrigações processuais penais positivas estabelecidas pelas cortes internacionais de direitos humanos, ou seja, obrigações a que o Estado brasileiro se submeteu e se comprometeu perante a ordem jurídica mundial a efetivar e que refletem nos direitos das vítimas criminais, e estudaremos as decisões da Corte Internacional de Direitos Humanos (CIDH) que trataram sobre a temática central do nosso estudo.

Após termos construído toda a base teórica necessária nos capítulos anteriores, é cristalizado o momento, no capítulo 5, de estreitar o nosso estudo para a temática da reparação dos danos às vítimas penais como mecanismo concretização mínima de seus direitos fundamentais. Após reforçarmos a premissa de reparação do dano enquanto direito fundamental derivado do princípio da dignidade da pessoa humana e da eficácia objetiva e horizontal dos

direitos fundamentais, desta feita com os respectivos aportes legais sobre o assunto na nossa legislação civil e penal, explicaremos, de forma sucinta, os elementos delineadores do dano material e do dano moral no direito nacional, fazendo um paralelo breve com o tratamento do tema no direito comparado e o sistema escolhido no nosso ordenamento para solução da reparação dos danos.

Adiante, iremos analisar, de forma crítica, o direito à reparação mínima previsto no art. 387, IV do CPP, inovação trazida pela Lei nº 11.719/08, mas que ainda enfrenta uma série de questões que dificultam a sua real efetivação, especialmente as restrições delineadas pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e Supremo Tribunal Federal (STF), as quais serão estudadas e avaliadas.

Também serão apresentados alguns modernos instrumentos de direito penal negocial, como transação penal, suspensão condicional do processo, acordo de não persecução penal, colaboração premiada, e os contornos que os institutos conferiram à reparação dos danos às vítimas criminais. Além disso, será realizada uma abordagem sobre as experiências dos estudos de justiça restaurativa e o relevante papel que esse sistema confere à vítima enquanto pessoa em situação de vitimização.

Finalmente, enfrentaremos uma questão importantíssima que já conta com 35 anos de um silêncio sonoro por parte do nosso legislador infraconstitucional. Trata-se do art. 245 do Ato Constitucional de Disposições Transitórias (ADCT), que prevê o dever de o Estado brasileiro implementar o fundo de assistências às vítimas de crimes dolosos e seus herdeiros hipossuficientes, sem prejuízo da responsabilidade do autor do ato ilícito. Em que pese a força constitucional do dispositivo, a matéria é letra morta na nossa Carta Republicana e assunto ausente de discussão dentre as políticas públicas criminais.

Iremos expor os levantamentos oriundos de nossa pesquisa, onde iremos investigar, empiricamente e através de dados analíticos, qual o real alcance que o direito de reparação mínima pelos danos causados pelo crime do art. 387, IV do CPP encontra no campo dos fatos da realidade nacional. A pesquisa empírica terá por objeto a análise de sentenças em crimes dolosos contra a vida proferidas pelas Varas do Tribunal do Júri do Estado do Ceará entre os meses de junho e setembro de 2023, e tem por objetivo principal analisar a atenção que é ofertado pelo sistema de justiça criminal à reparação de danos às vítimas.

A tensão existente nos nossos questionamentos tem por premissa a justa preocupação sobre a falta de atenção que a vítima recebe pelas instituições públicas, de forma que os prejuízos que ela sofreu acabam postos em segundo plano pelas autoridades públicas, de firma que, muitas das vezes, não são colhidos e nem produzidos elementos probatórios a

respeito dos seus danos. Com efeito, ainda existem resquícios presentes do período neutralizador, em que a vítima é enxergada como objeto de prova para persecução penal, e não como pessoa titular de direitos humanos e fundamentais.

Se a vítima não é vista como figura central e relevante durante a fase pré-processual, ou seja, ao longo das investigações, dificilmente as autoridades públicas vão se concentrar no levantamento de provas suficientes sobre todos os elementos aptos a concretizar a reparação dos seus danos materiais e morais. Com efeito, sob o olhar clássico que, ao processo penal, interessa investigar a materialidade e os indícios de autoria da prática criminosa, o direito à reparação torna-se meramente secundário, conferindo pouca atenção ao papel da vítima enquanto sujeito titular de direitos. Da mesma forma, uma instrução numa ação penal em que, para além da configuração dos elementos do crime, não é objeto de apuração, mediante o exercício da ampla defesa e do contraditório, a existência do dano e a aferição do seu montante, acaba por subtrair da vítima o mais basilar dos seus direitos: a reparação.

Com fulcro nessa discussão, que encontra um campo fértil para ser debatido a partir de todos os assuntos que foram estudados nos capítulos anteriores, iremos apresentar uma análise crítica de dados, critérios, números e porcentagens sobre a reparação dos danos às vítimas criminais, realizando uma abordagem sob as lentes dos direitos fundamentais e humanos das vítimas criminais. E, para arrematar nossa pesquisa acadêmica, e de acordo com os resultados obtidos, iremos apresentar uma série de propostas para que sejam incrementados os referidos direitos.

O objetivo geral do trabalho é analisar se a vítima penal tem sido inserida num necessário panorama de revalorização de sua dignidade durante a persecução penal pelo Estado e suas instituições democráticas, sendo-lhe garantidos os seus direitos fundamentais, especialmente a reparação do dano sofrido, através de uma abordagem com fundamento maior na nossa Carta Republicana e na Declaração dos Princípios Básicos de Justiça para as Vítimas de Delitos e de Abuso de Poder (Resolução nº 40/34 de 29 de novembro de 1985 da ONU).

Assim, partindo do objetivo geral, os objetivos específicos da pesquisa serão:

(a) Avaliar criticamente a insuficiência normativa e consequente proteção deficiente que o ordenamento jurídico pátrio confere à vítima enquanto sujeito titular de direitos fundamentais, de forma que o Direito Penal, através do processo, não tem contribuído para a sua missão de promover a pacificação social;

(b) Analisar a maneira que o nosso sistema de justiça criminal trata a reparação do dano à vítima criminal, em uma abordagem que estudará, em conjunto, o nosso sistema legal,

bem como o tratamento conferido ao tema pelas instituições do Estado, em especial a Polícia Civil, o Ministério Público, a Magistratura e a Defensoria Pública;

(c) Apresentar novas propostas com a finalidade de fortalecer o papel da vítima durante a persecução penal, em um panorama em que sejam atendidos integralmente os seus direitos fundamentais, em especial a reparação do dano sofrido, trazendo uma perspectiva humanizada da tutela de seus interesses.

No que pertine à metodologia, nossa pesquisa adotará a abordagem quali-quantitativa, em que buscaremos, como ponto de partida, quantificar os dados obtidos no levantamento processual de acordo com as nossas indagações para, em um segundo momento, interpretá-los em todas as suas nuances. Quanto à natureza, a pesquisa será aplicada, pois busca, além de construir novos conhecimentos teóricos sobre o tema proposto, contribuir para uma persecução penal humanizada, com respeito ao direito das vítimas criminais. Em relação aos objetivos, trata-se de uma pesquisa explicativa, pois objetiva explicar a realidade do tratamento conferido às vítimas de acordo com uma conjunção de fatores que convergem para este cenário.

No que pertine aos procedimentos, iremos nos utilizar de uma revisão bibliográfica da literatura aplicada. Quanto ao método científico, recorreremos da processo hipotético-dedutivo, em que, a partir do nosso problema e das nossas respectivas hipóteses inicialmente delineadas, buscaremos refutá-las, para que, conforme sejam validadas ou refutadas, tracemos uma conclusão.

Apresentados os aspectos teóricos de nossa metodologia, cumpre explicitar, de forma prática, como pretendemos alcançar com sucesso a realização de nossa pesquisa. Para revisão bibliográfica, iremos nos debruçar sobre artigos científicos, dissertações de mestrado e teses de doutorado, bem como em obras específicas relacionadas ao tema *direitos fundamentais*, *direitos humanos* e *Vitimologia*, aprofundado todos os aspectos de como os assuntos vêm sendo tratado pelos principais referenciais na doutrina nacional e estrangeira, bem como análise documental de ações penais e inquéritos policiais.

2 O LUGAR DA VÍTIMA NA HISTÓRIA DO SISTEMA DE JUSTIÇA

Não são raras as vezes em que o leitor se depara, logo nas páginas iniciais de obras e trabalhos científicos, com uma abordagem histórica sobre a ciência, os institutos e o fenômenos que se há de pesquisar. É um roteiro que se revela, em muitas oportunidades, repetitivo e enfadonho, o que leva leitor a subtrair da leitura esse capítulo inicial para que se chegue, com dinamismo e objetividade, ao que supostamente é o real propósito da obra.

Não se desconhecem, inclusive, as severas – mas não irrazoáveis - críticas à frequente utilização de incursões na história de forma desconexa em trabalhos científicos e acadêmicos². No entanto, neste assunto que nos propusemos a pesquisar, se trata de um caminho necessário para alcançar a exata compreensão do atual estado da arte da tutela das vítimas penais e buscar a construção de *standards* que alberguem uma adequada proteção aos seus interesses.

Para assimilar a efetiva noção da ideal medida da tutela dos direitos das vítimas é primordial compreender as razões históricas que as colocaram em sua atual posição. Por esta razão, reportamos esse como o principal capítulo de nosso trabalho, pois a construção prefacial que faremos a seguir será imprescindível para as nossas futuras conclusões.

Entretanto, outra advertência também se faz necessária: o estudo histórico que será apresentado não possui a ambição de exaurir as minúcias da linha histórica em que a vítima ocupou desde os primórdios da civilização até os tempos atuais, mas tão apenas contextualizar, em linhas gerais, o papel que a vítima desempenhou no sistema de justiça criminal ao passar dos séculos.

A criminologia, para fins de padronização e com fundamento nas práticas gerais reputadas, convencionou e nominou certos períodos históricos como base para uma compreensão detalhada desses momentos: a era de ouro, o confisco do conflito e movimento vitimológico.

Iremos nos dedicar a partir de agora a desvendar o percurso que a vítima percorreu no sistema de justiça criminal, que se iniciou com a *era de ouro*, na qual ela era protagonista da solução do conflito no qual estava inserida, tendo amplo poder decisório sobre a punição do seu agressor, período que remonta dos primórdios da civilização até meados do século XII.

Posteriormente, vem o período mais estigmatizante – a *neutralização*-, no qual o Estado toma para si o exercício do *jus puniendi*, em razão de passar a ser visto como o verdadeiro lesado pela prática de um crime, e a vítima passa exercer um papel nitidamente

² Sobre o assunto, válidas são as críticas de OLIVEIRA, Luciano. **Não fale do Código de Hamurábi**. Sua excelência o comissário: e outros ensaios de Sociologia Jurídica, 2004, p. 137-167.

secundário, sendo neutralizada e se conformado com a posição de mero objeto de prova da infração criminal. Inserir a tutela dos direitos das vítimas na história do direito é estudar um movimento pendular, onde a vítima já teve por um período de amplo protagonismo e passou numa segunda etapa em que foi relegada ao ostracismo.

Finalmente, no alvorecer no século XX, após uma série de fatores históricos na qual se destaca a Segunda Guerra Mundial, marcado pelo holocausto e o genocídio praticado contra os judeus, lança-se um novo olhar sobre a vítima para reconhecê-la como sujeita de direitos, em uma progressão que não se encontra em estágio pronto e acabado, como veremos ao longo deste trabalho.

Enxergar esse movimento na história é essencial para que se compreenda o atual estágio de satisfação dos direitos das vítimas, principalmente porque este pêndulo não estacionou. Diversos são os acenos atualmente existentes para que reconheçamos a vítima enquanto sujeito de direitos, e a interpretação sobre o atual estado da arte tem fundamentos e raízes eminentemente históricas.

2.1 A idade de ouro

O primeiro período, a chamada “idade de ouro” ou “era do protagonismo”, vai dos primórdios da civilização até o fim da Alta Idade Média, onde a vítima era a grande protagonista do conflito na qual estava inserida³. Nesse momento não existia o que hoje classificamos e estudamos como a teoria do delito, bem como uma definição clara das condutas que eram consideradas criminosas. Tudo derivava de uma sensibilidade da comunidade que um de seus integrantes havia sido submetido a uma injustiça segundo as regras gerais de convivência social.⁴ A reparação do dano era uma questão solucionada pelos próprios integrantes da lide criminal.

A fase de protagonismo da vítima, que também foi chamada de “momento de glória”, passou por dois momentos sucessivos: a vingança privada e a justiça privada. Na vingança privada predominava o caráter retributivo da pena sob o viés valorativo da vítima, que retribuía o prejuízo ao infrator com sua própria força, o que levou a impossibilidade de uma paz

³ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 53

⁴ Oliveira alerta que esse provável termo histórico deve ser tomado com cautela. Para a autora, a chamada “idade de ouro” não é expressão que indique determinado período histórico, visto que inexistente termo inicial ou final preciso. No entanto, pondera que ao menos a delimitação temporal final dessa fase pode ser feita, levando-se em conta o início da sua decadência. OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. **A vítima e o direito penal**. São Paulo: RT, 1999, p. 17-18.

social, pois o cometimento de um fato delituoso permitia a prática de um fato tão grave quanto o cometido ou, até mesmo, mais grave⁵.

Os excessos retributivos geravam um ciclo de violência que era responsável pelo surgimento de renovadas necessidades de retaliação, pondo a girar uma cadeia viciosa de vinganças. Nas sábias palavras de Herrera Moreno, “a vingança não é um drama de só ato”.⁶

Carbasse⁷ pontua, no entanto, que a compreensão cega de que a primitiva ordem social se encontrava completamente desprovida de qualquer regulamentação se revela excessivamente teórica, porque a total ausência de mecanismos de controles regulatórios dentro de uma sociedade colocaria em risco a própria subsistência do organismo social. Dessa forma, não se ignora a existência de fórmulas normativas dotadas de alguma eficácia com a finalidade de fazer cessar a cadeia de vinganças, o que poderia ocorrer através dos costumes primitivos. Referida regulação teria se cristalizado a partir da experiência coletiva, que já havia detectado a necessidade de se operar uma contenção social da violência, ou uma “gestão socialmente pertinente da violência”, que seria o germinar das instituições e da sociedade como conhecemos atualmente. Porém, o próprio autor não desconsidera que, por dedução lógica, não se pode afastar, de modo peremptório, a existência de uma etapa histórica em que imperava a vingança ilimitada.

Nota-se que a vítima não possui, nesse estágio, uma condição de vulnerabilidade que a coloque numa posição de nítida desvantagem nas relações sociais. A vingança privada que era por ela exercida acabava por alimentar uma espiral de violência e que transcendia em muitas oportunidades a sujeitos que não eram os responsáveis diretos que lesão que lhe foi causada, mas que tinham relações com o autor do delito.

Nesse contexto, posteriormente, o crime deixou de ser visto apenas como uma afronta individual, passando a ser concebido também como uma ofensa a todo o grupo familiar ao qual a vítima pertencia, acarretando uma violência do princípio da paz social que regia as famílias. Em razão disso, a comunidade passou a ser legitimada a para exercer a vingança contra o infrator e a sua linhagem⁸.

⁵ GOMES, Lauro Thaddeu. **A posição da vítima no processo penal brasileiro**. 2012. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, p.54-55.

⁶ CÂMARA, Guilherme Costa. **Programa de política criminal: orientado para a vítima do crime**. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 23.

⁷ CARBASSE, Jean-Marie. **Historie du Droit Pénal et la Justice Criminelle**. Paris, PUF, 2000, p. 11; 63. E, op. cit., p. 23. apud CÂMARA, op. cit., p. 21-22.

⁸ “*Más tarde, el delito dejó de concebirse con una ofensa individual, y se consideró una afronta al grupo familiar al que pertenecía la víctima. La infracción comportaba una vulneración del principio de paz social ("fried") que debía regir entre las familias; en consecuencia, la comunidad afectada quedaba legitimada para ejercer la venganza contra el ofensor y su estirpe. Por su parte, el círculo familiar del infractor ("sippe") podía optar entre entregarlo, liberándose de responsabilidad, o apoyarle asumiendo la afronta como propia.*” ROIG TORRES,

Assim, o delito transcendia a um aspecto meramente individual, pois toda a comunidade a qual pertencia a vítima era vitimizada em razão do evento delitivo, fazendo emergir um sentimento de solidariedade dentro dos agrupamentos sociais. Nas palavras de Boschi⁹, se tratava de uma “responsabilidade flutuante”, pois as retaliações se projetavam para além do provável autor do delito, mas também sobre aquele a quem o fato fosse atribuído pela vítima ou seus parentes.¹⁰

Nesse diapasão, como afirma Bettiol, é apressada a frequente afirmação que o direito penal tinha natureza *exclusivamente* privada neste período prévio à constituição do Estado, uma vez que o poder punitivo do *pater familiar* repousava numa justificação de natureza pública.¹¹

Câmara¹² denomina essa fase de *protojurídica*, pois, antes de jurídica, reflete uma realidade sociológica, inexistindo uma ordem jurídica imperativa. A reação da vítima e de seu clã era muito mais uma tentativa de sobrevivência do que uma forma de sanção com natureza de responsabilidade penal.

A *vingança de sangue* (ou *vingança privada*), como expressão de sobrevivência individual ou coletiva, não era fixada e nem regulamentada por um poder exterior e nem tinha por missão definir a imputabilidade do agressor (imputação da culpabilidade no direito penal moderno). Visava apenas e essencialmente a garantir a sobrevivência do grupo. Diante disso, o agressor e sua respectiva família ou clã eram responsabilizados não em decorrência de uma resposta a um dano causado, mas unicamente por terem colocado em risco a existência do grupo social atacado.¹³

Margarita. **Algunos apuntes sobre la evolución histórica de la tutela jurídica de la victima del delito.** EPC, n. 22 (2000), p. 161-162.

⁹ BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 77-78.

¹⁰ Sobre a questão, arremata Gonzaga: “A vingança privada tende fatalmente à responsabilidade objetiva; assim como à responsabilidade comunicante, transmissível a terceiros, e chega sempre à responsabilidade coletiva. Por motivo de um dano sofrido, a reação se exerce, se possível, contra aquele que o produziu. Mas pode também resvalar pelo causador do mal e alcançar diferentes pessoas, a ele ligadas por laços de solidariedade familiar, totêmica, social etc. Impera a lei da compensação, a funcionar mecanicamente, como regra absoluta, indispensável e cega. Pouco importa averiguar se houve ou não culpa moral por parte do sujeito contra o qual ela se executa. GONZAGA, op. cit., p. 180-181.

¹¹ OLIVEIRA, op. cit., p. 18.

¹² CÂMARA, op. cit., p. 25.

¹³ *Ibid.*, p. 26. No mesmo sentido, Alline Pedra Jorge destaca que: “Estas medidas penalizadoras, entretanto, alcançavam não só o delinqüente mas também toda sua família e tribo, ocasionando lutas sangrentas e intermináveis, com a eliminação de grupos inteiros. Verifica-se, então, que a coesão social existia entre os indivíduos de uma mesma tribo, mas não podemos falar o mesmo do relacionamento entre tribos diferentes”. PEDRA JORGE, Alline. **Em busca da satisfação dos interesses da vítima penal:** uma tentativa de demonstrar os reais interesses das vítimas de crimes, desde a participação na persecução criminal à reparação do dano, e de se propor alternativas para a melhor satisfação destas. Orientador: José Luciano Góis Oliveira. 2002. 165f. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito do Recife, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de

Foi-se percebendo, então, que era necessário limitar essa extensão da pena, para que dela somente pudesse ser responsabilizado o autor dos danos, e não toda a comunidade a que este pertencesse, o que se entende modernamente como o princípio da pessoalidade da pena. Outorgar à vítima a adequada resposta à lesão sofrida representava uma forma perigosa de solução do conflito. Predominava a lei do mais forte e, não raras vezes, a sanção exorbitava os limites, revelando-se excessiva e desumana ao mal proporcionado, pois o ofendido, em sua situação de vitimização, não possuía o necessário discernimento para o exercício da justiça.

Tratava-se de um modelo vindicativo que não tinha por propósito principal definir a responsabilidade do agressor, mas visava prioritariamente garantir a sobrevivência do grupo e evitar novos ataques. Posteriormente, com o período de uma maior sedenterização e estabilização dos grupos, percebeu-se que essa vingança ilimitada e sanguinária, sem qualquer noção de proporcionalidade, era, em verdade, retroalimentadora de um ciclo vicioso que nunca terminava.¹⁴

A dinâmica da punição variava de acordo com a posição do criminoso dentro da estrutura da comunidade. Se a infração era praticada por um membro do próprio grupo, e fosse extremamente grave, a sanção mais severa era o banimento, ou seja, abandonava-se o delincente à mercê de sua própria sorte. Uma vez que não recebia mais a proteção de sua tribo, seu destino era fadado ao extermínio pelas outras tribos. Para os delitos que não eram graves, as punições eram mais leves, principalmente as de caráter reparatório¹⁵.

Já quando o infrator não pertencia ao grupo, a pena não tinha medidas razoáveis, e impunha ao algoz castigos físicos, subtração de bens materiais ou, em entendendo conveniente, o assassinato do agente. Cabia à própria vítima a escolha da punição e, se fosse o caso, a execução da sentença. Não existiam organização políticas ou jurídicas para o controle das sanções.

Conforme a sociedade foi se organizando e foram surgindo organizações sociais mais estruturadas, concluiu-se que essa vingança desmedida não era interessante, pois as respostas eram desproporcionais e impactavam diretamente na dizimação das tribos. Era

Pernambuco, 2002. Disponível em: https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/4466/1/arquivo5672_1.pdf. Acesso em: 11 jun. 2022.

¹⁴GANGONI, Bruno Corrêa. **A Reparação do Dano Material e Moral à Vítima da Criminalidade**. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro nº, v. 70, p. 38. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1183784/Bruno_Correa_Gangoni.pdf. Acesso em: 11 jun. 2022.

¹⁵PEDRA JORGE, Alline. **Em busca da satisfação dos interesses da vítima penal: uma tentativa de demonstrar os reais interesses das vítimas de crimes, desde a participação na persecução criminal à reparação do dano, e de se propor alternativas para a melhor satisfação destas**. Orientador: José Luciano Góis Oliveira. 2002. 165f. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito do Recife, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Pernambuco, 2002. Disponível em: https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/4466/1/arquivo5672_1.pdf. Acesso em: 11 jun. 2022, p. 26.

necessário, pois, limitar essa reação à agressão¹⁶.

Foi nesse contexto que, da *vingança de sangue* (ou *vingança privada*), que consiste na fase pré-social da era vingança privada, passou-se à *justiça privada*, uma fase da vingança que continuava sendo privada, porém mais limitada e regrada. A vítima e seus parentes, que desejavam aplicar uma sanção ao autor do crime, deveriam então se dirigir a um representante da comunidade, ou autoridade pública, que era responsável por verificar se eram obedecidas as regras formais e se a punição não ultrapassava os limites impostos pelas normas de índole religiosa ou jurídica em vigor, trazendo uma maior segurança para aplicação da pena.

Dessa forma, surgiu a *justiça privada* como uma tentativa de controle da vingança, baseando-se, especialmente, na proporcionalidade entre a agressão e a retribuição da vítima, possibilitando, inclusive, a reparação do dano.

Por conseguinte, Moran¹⁷ avalia que, muito embora a fase da vingança privada costume ser retratada unicamente por seu descontrole e brutalidade, não se pode ignorar que, com exceção da fase pré-social, a denominada *justiça privada* não era tão privada como sua denominação sugere, e nem mesmo envolvia sempre a violência na resolução dos conflitos. Isso aconteceu porque, com o desenvolvimento socioeconômico e cultural, buscou-se implementar novos mecanismos de controle como alternativa à violência.

A partir do momento em que se ampliaram os meios de subsistência, foi possível a realização de uma composição pacífica entre vítima e ofensor e, conseqüentemente, aos poucos, o modelo de vingança privada ilimitada cedeu a um paradigma baseado na proporcionalidade da vingança em relação à ofensa produzida (uma vingança limitada). Foi uma transição espontânea e natural, integrando-se ao processo de sedenterização das populações.¹⁸

Sobre o tema, acrescenta Zehr¹⁹:

As interpretações históricas tendem a focalizar dois desenvolvimentos da história da justiça criminal: a ascensão da justiça pública em detrimento da justiça privada, e a crescente dependência do encarceramento como forma de punição. Não há dúvidas de que essas duas instâncias foram desenvolvimentos de algum tipo. Contudo, estudos históricos recentes levantam algumas dúvidas sobre o padrão e significado desses desenvolvimentos. [...]

Mas a realidade se revela mais complexa do que esse quadro convencional sugeriria. A justiça “privada” não era necessariamente privada, nem envolvia necessariamente vingança. As soluções “privadas” não eram necessariamente mais punitivistas, menos comedidas ou racionais que a justiça dispensada pela esfera pública. Pelo contrário.

¹⁶ FERNANDES, Antonio Scarance. **O papel da vítima no processo criminal**. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 13.

¹⁷ MORAN, Fabiola. **Ingerência penal & proteção integral à vítima**. 1. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Placido, 2020, p. 31.

¹⁸ CÂMARA, op. cit., p. 27.

¹⁹ ZEHR, Howard. **Trocando as lentes: justiça restaurativa para o nosso tempo**. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Athena, 2018.

A justiça pública pode ser até mais punitivista em sua abordagem, oferecendo uma gama mais limitada de resultados possíveis. A vingança, que provavelmente ocorria antes da justiça estatal, era apenas uma dentro de um conjunto muito mais amplo de opções. A chamada justiça privada certamente tinha deficiências, mas o quadro não é tão simples quanto costumamos presumir.

É crucial destacar que, embora busquemos diferenciar os momentos, a passagem da fase da vingança privada (ilimitada) para a justiça privada (limitada), em termos historiográficos, não se procedeu de forma absolutamente sequencial e estanque. Durante muito tempo ambas conviveram no mesmo espaço territorial e dividindo igual momento histórico.

Destaque-se ainda que o Estado em nenhum momento se encontrava imbuído da tarefa de impor sanção ao algoz das vítimas. Mesmo na fase da justiça privada, não há interferência do poder estatal, pois era a própria comunidade que solucionava seus conflitos por meio de seus representantes, pessoas do próprio povo.

Uma importantíssima referência na linha histórica de tutela dos direitos das vítimas foi o surgimento do Código de Hammurabi²⁰ que, baseado na Lei de Talião (século XXIII a.c.), preconizou “não mais que um olho por olho, dente por dente e vida por vida”.²¹

O Código de Hammurabi se encontra-se insculpido em um cilindro de pedra negra de aproximadamente dois metros de altura e possui cerca de 3.500 linhas²². Suas disposições penais eram bastantes severas, e frequentemente implicavam em pena de morte, corporais ou mutilações. No entanto, também havia previsão de composição para os crimes de natureza patrimonial²³, bem como também era comum, para um mesmo crime, a previsão da pena de talião e a composição, sendo a sua utilização de acordo com a qualificação do ofensor e do

²⁰ Com todas as vênias às críticas que se faz aos estudos acadêmicos que se utilizam do Código de Hamurábi para contextualizar pesquisas científicas, insistimos na menção e a justificamos pela imprescindibilidade de citação do referido período histórico como referência que balizou uma mudança de pensamento no tratamento dos direitos das vítimas criminais. Sobre as razoáveis críticas, por todos: OLIVEIRA, Luciano. **Não fale do Código de Hamurábi**. Sua excelência o comissário: e outros ensaios de Sociologia Jurídica, 2004.

²¹ Por exemplo, confira alguns dispositivos do Código de Hammurabi: XII - DELITOS E PENAS (LESÕES CORPORAIS, TALIÃO, INDENIZAÇÃO E COMPOSIÇÃO) 196º - Se alguém arranca o olho a um outro, se lhe deverá arrancar o olho. 197º - Se ele quebra o osso a um outro, se lhe deverá quebrar o osso. 198º - Se ele arranca o olho de um liberto, deverá pagar uma mina. 199º - Se ele arranca um olho de um escravo alheio, ou quebra um osso ao escravo alheio, deverá pagar a metade de seu preço. 200º - Se alguém parte os dentes de um outro, de igual condição, deverá ter partidos os seus dentes. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/hamurabi.htm>. Acesso em: em 10 ago. 22.

²² ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 183.

²³ Sobre o direito da vítima e de sua família à aplicação do talião e ao recebimento do preço da composição, OLIVEIRA adverte que o seu exercício encontrava limites legais e não podia ser indiscriminadamente exercido. Para demonstrar, a autora transcreve parte do Epílogo em que Hammurabi afirma que a solução dos conflitos deve ser buscada pela vítima em sua estela e em nenhum outro lugar: “Que o homem oprimido, que está implicado em um processo, venha diante de minha estátua de rei da justiça e leia atentamente minha estela escrita e ouça minhas palavras preciosas. Que minha estela resolva sua questão, ele veja o seu direito, o seu coração se dilate!”. OLIVEIRA, op. cit., p. 24.

ofendido.²⁴

O princípio de talião, que foi a grande vetor do Código de Hammurabi, também foi recepcionado por outras inúmeras legislações da época, como o Código de Ur-Nammu, Código de Manu e as Leis Mosaicas, as quais contemplam uma introdução embrionária da Vitimologia ao permitirem a composição dos danos entre ofensor e vítima como forma de evitar a vingança de sangue.²⁵

No entanto, sobre o estudo das legislações antigas e o seu papel como fonte de informação sobre a tutela dos direitos das vítimas, Oliveira faz uma necessária advertência: os conjuntos de normas dos tempos remotos representam dados muito importantes para a compreensão das relações sociais e jurídicas em determinado tempo e lugar, mas não podem ser superestimadas. Esses documentos têm uma grande relevância, mas não podemos tomar conclusões absolutas sobre o modo de viver e resolver os conflitos de um determinado povo, pois nem sempre a sociologia do mundo real encontra-se em consonância com o que preconiza a legislação. Imagine-se, por exemplo, que daqui milhares de anos, antropólogos que estudam o sistema carcerário se deparem, no Brasil, com a Lei 7.210/84, sem contarem com nenhuma outra fonte de informação. Certamente seríamos tratados como um dos países que mais respeitam os direitos das pessoas com privação de liberdade no mundo inteiro. São com essas restrições e ponderações que os estudos das legislações da antiguidade devem ser analisados.²⁶

Ultrapassada a advertência, cumpre esclarecer que, apesar de o modelo compensatório orientado pelo princípio de talião ser visto, em nosso atual estágio civilizatório, como exacerbado e desumano, certo é que, para aquela época, representou um grande avanço para limitar o exercício da vingança como instrumento de justiça, sendo também um embrião do princípio da proporcionalidade: o mal causado ao ofensor não pode ser mais grave do que ao que foi provocado à vítima do delito.²⁷

²⁴ Ibid, p. 23. Por exemplo: 8º - Se alguém rouba um boi ou uma ovelha ou um asno ou um porco ou um barco, se a coisa pertence ao Deus ou a Corte, ele deverá dar trinta vezes tanto; se pertence a um liberto, deverá dar dez vezes tanto; se o ladrão não tem nada para dar, deverá ser morto. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/hamurabi.htm>. Acesso em: 10 ago. 22.

²⁵ MORAN, op. cit., p. 33.

²⁶ OLIVEIRA, op. cit., p. 19.

²⁷ Sobre o princípio de Talião e sua perpetuação aos tempos modernos, ensina Francesco Canelutti: “A raiz desse princípio é tão profunda que, não obstante o tão elogiado progresso do instituto penal, a mesma não foi extirpada nos povos civilizados; em particular a morte do réu, onde tem sido conservada ou restabelecida pelas leis, é só daquele princípio do que repete verdadeiramente o seu caráter penal; quando, por exemplo, as formas mais graves do homicídio são castigadas com morte, não se explica de outra maneira a função repressiva desta medida senão infligindo ao ofensor o mesmo mal que ele ocasionou ao ofendido. Se, em rigor, parece que não se possa dizer isto quanto aos delitos que, castigando-se com a morte, são diversos do homicídio, a relação entre eles se estabelece, entre os dois males ocasionados ao ofensor e ao ofendido, se não com respeito à qualidade, com respeito à quantidade, e daí a pena capital, que se considera como o *mal mais grave que se pode ocasionar ao ofensor*, parece adequar-se aos delitos, pelos quais *o ofendido sofre o dano mais grave que, pelo ofensor, possa lhe ser produzido*.”

O princípio de talião se inseriu em um momento de amistosidade, onde as primeiras sociedades se organizaram e começaram a estruturar mecanismos de solução de conflitos com fins de pacificação social, principalmente por ser um modelo compensatório que tinha por alvo os crimes menos graves, em que era possível exigir da vítima que aceitasse uma reparação em face da violação de sua esfera de direitos.

Também não se pode ignorar que, nessa época, fomentou-se a conciliação entre as partes, com a autotutela cedendo espaço à autocomposição. Evitava-se, dessa forma, a vingança de sangue através da reparação pecuniária, ideia que se estendeu para o direito romano primitivo e para a composição pecuniária germânica. Ao passo que controlava a vingança privada, também privilegiava os interesses das vítimas²⁸.

Com efeito, o Código de Hammurabi é apontado historicamente como a mais expressiva normatização da reparação às vítimas de crimes, pois foi o primeiro a prever a responsabilidade da cidade e do governante em reparar o dano sofrido na hipótese de o criminoso não haver sido capturado²⁹.

Outro contexto histórico que tradicionalmente é apontado como manifestação da “idade de ouro” é o Direito Romano³⁰. Em que pese possuir origem sacra, um denominador comum entre todos os povos primitivos, a partir da Lei das XII Tábuas, promulgada em 453-451 a.c, tem-se a libertação entre Estado e religião, tanto no campo prático como doutrinário.³¹ Sem inspiração ou fundamento em deuses e divindades, o referido código normativo possuía várias disposições penais onde se observa o mérito de estabelecer uma igualdade social inédita, não havendo distinção de classes sociais na seara criminal.³²

Sobre a separação à época entre o Direito e a religião, apontam Zaffaroni e

CARNELUTTI, Francesco. **O problema da pena**. Tradução Ricardo Pérez Banega. São Paulo: Editora Pillares, 2015.

²⁸ CÂMARA, op. cit., p. 29.

²⁹ CHILDRES, Robert D. 1964, p.444, apud FELIPETO, Rogerio. **Reparação do dano causado por crime**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2001, p.19.

³⁰ Sobre o Direito Romano, Gustavo Cabral explica que: “Tradicionalmente, a História do Direito Romano é analisada a partir do que se convencionou chamar de História Externa e História Interna: aquela cuidaria das instituições políticas e das suas atuações como fontes produtoras do direito, ao passo que esta foca a atenção nos institutos de direito privado e na sua formação e desenvolvimento. Nessa perspectiva, a História Externa é dividida em: a) Realeza (entre a fundação de Roma até 510 a.C), b) República (de 510 a.C. até 31 a.C.), c) Império, com o c.1) Principado (do governo de Augusto ao de Diocleciano) e c.2) Dominato (de Diocleciano até a morte de Justiniano). Por outro lado, a História Interna pode ser dividida em: a) período das origens (coincidência com a Monarquia), b) período do Direito Antigo (do início da República até a época dos Gracos, no século II a.C.), c) período clássico (dos Gracos até a época de Diocleciano, no começo do século IV d.C.), d) período pós-clássico ou bizantino (de Diocleciano até a morte de Justiniano, em meados do século VI)”. CABRAL, Gustavo César Machado. **Ius commune: uma introdução da história do direito comum do medievo à idade moderna**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 12.

³¹ OLIVEIRA, op. cit., p. 26.

³² ZAFFARONI; PIERANGELI, op. cit., p. 188.

Pierangeli:

Com Grécia e Roma o direito penal se laiciza, torna-se meramente mundano. Essa não será uma conquista definitiva na história do homem porque, como veremos, há um longo caminho de marchas e contramarchas, mas, de qualquer maneira, é o momento em que, na antiguidade, alcança-se o maior grau de laicização. [...] Em Roma já podemos falar de uma verdadeira ciência penal e seguir o curso de uma legislação através de treze séculos que se estendem desde o VIII a.c., com a monarquia, até o VI da Era Cristã, com o Digesto, e ainda quase nove séculos mais no Império do Oriente. Embora os romanos não tenham alcançado no direito penal o mesmo brilho que lograram no direito civil, não há dúvidas que na atividade legislativa seu papel foi importantíssimo, como não podia deixar de ser, em um império que cobriu um período tão vasto da história humana da qual deriva em forma direta a nossa cultura.³³

Porém, os mesmos autores ponderam que, em que pese a laicização do Direito Penal, o desaparecimento das formas tão brutais não implica no desaparecimento das tendências político-penais que lhes têm de origem, que ainda perduravam de outras formas.³⁴

Há de se estabelecer também uma sutil distinção: afirmar que a Lei das XII Tábuas libertou o Estado da religião não significa dizer que a religiosidade deixou de estar presente enquanto princípio, tampouco que o movimento aconteceu de forma plenamente consecutiva. Tão apenas a religiosidade deixou de ser o fundamento direto e imediato do Direito, mas perdurou enquanto influência. O crime e pecado são elementos que a todo momento se encontram em movimento de aproximação e distanciamento, dos primórdios da civilização até os dias atuais.

Essa compreensão irá mudar, no Direito Romano, a partir do Império, como veremos no tópico a seguir. Por ora, vale destacar que a divisão entre interesses públicos e particulares explica a grande influência que o princípio da religiosidade exerceu nas antigas civilizações. Sob o elemento religioso, a vingança privada cedeu espaço muitas vezes à vingança divina, passando o poder das mãos da vítima e de seu grupo social para as mãos de uma casta sacerdotal.³⁵ O último momento histórico que traduz a fase de protagonismo da vítima teve por marco a queda do Império Romano, que foi seguida por uma desconcentração

³³ Ibid., p. 185.

³⁴ Ibid., p. 187.

³⁵ Ibid., p. 35. No mesmo sentido, Oliveira afirma: “De início cabe dizer que, se é verdadeiro afirmar que o direito penal adquiriu definitivamente caráter publicístico o surgimento dos métodos inquisitivos por volta do século XII, não é correto dizer que a justiça penal esteve, até então, nas mãos da vítima. As práticas penais das civilizações mais distantes guardam uma forte marca teocrática, o que implica na virtual identificação entre crime e pecado. Este fato, por si só, demonstra que a prática do crime envolvia questões que transcendiam ao interesse exclusivo das partes envolvidas. OLIVEIRA, op. cit., p. 19-21.

do poder e formação de feudos³⁶, o que deu origem ao direito feudal³⁷. Nesse contexto, a vingança privada novamente ganhou força no Direito Germânico Medieval, influenciada fortemente pelo Direito Canônico³⁸.

Nesse sentido, aduz Câmara:

A derrocada do Império Romano e a subsequente pulverização do poder (e partilha da organização da Justiça congênita ao regime feudo-senhorial) repercutirão no direito medieval que, não se discute mais, irá reencenar a vingança privada, agora de certo modo mediatizada pelas concepções consagradas pelo pensamento cristão, cujas dificuldades de penetração enfrentadas durante o Império Romano serão atenuadas a partir da introdução do elemento germânico por volta do Século V, encontrando a Igreja Católica durante praticamente toda a Alta Idade Média campo fértil para expandir-se, tanto a ponto de produzir sua própria estrutura jurídica (*Direito Canônico*), que interagia e exercia inegável influência sobre os mores *bárbaros*.

³⁶ O direito feudal, como anota Foucault, adota essencialmente o sistema germânico. O litígio entre os indivíduos era regulamentado pelo sistema de provas. Em primeiro lugar, as provas sociais, que consistem em provas da importância social de um indivíduo, onde o acusado poderia estabelecer sua inocência reunindo a sua volta doze testemunhas que juravam não ter ele cometido o assassinato. Para que prestasse esse juramento, era necessário ter relações de parentesco com o acusado. O fundamento não era propriamente que o acusado não cometeu o crime ou por alguma contrarrazão pela qual ele deveria ser absolvido, mas tão apenas destacar a sua importância social, a sua influência, o seu destaque perante o grupo que ele pertencia e das pessoas prontas para apoiá-lo em batalha ou em conflito. Ou seja, não se tratava da prova da inocência, mas da importância social do acusado. Em segundo lugar, havia as provas verbais, onde o indivíduo, para garantir sua inocência, era submetido a uma série de questões com uma série de número de fórmulas. Se respondesse de forma correta, era inocente. Caso contrário, era culpado, não por estar falando a verdade ou mentindo, mas tão apenas por ter fracassado no teste. Um mero erro de gramática era suficiente para a derrota. Em terceiro lugar, tinham as provas mágico-religiosas do juramento, em que se pedia ao acusado que prestasse um juramento e, caso não ousasse ou hesitasse, perdia o processo. E, por último, as ordálias: provas corporais, físicas, em que uma pessoa se submetia como na espécie de um jogo, a testes. Um exemplo para ilustrar: amarrado, o acusado era jogado na água, e, se afogasse, era o perdedor do processo, (e da sua vida, obviamente) porque o teria rejeitado. FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: PUC/NAU, 1996, p. 58-60.

³⁷ Sobre a origem do direito feudal, valiosas são as lições de CABRAL: “É praticamente impossível precisar o momento em que surgiram, de fato, o feudalismo e o direito feudal, já que, por se tratar de criação costumeira, o seu aparecimento é livre e não imposto por uma regra escrita. Mais comum é enxergar no Império Carolíngio essa origem, indicando Otto Brunner ter sido utilizado o termo *feudum*, no começo do século X, como derivado da expressão *fehu*, que, na língua dos Francos, significava algo como “bens”. O uso e a formulação desse conceito, porém, não indicam, necessariamente, o seu nascimento; o fenômeno foi gestado ao longo dos séculos, à medida que se tornou vital essa cooperação entre o rei e a alta nobreza. Essa marca do costume foi presente e decisiva na elaboração das regras específicas que regiam a relação feudal e constituíram a fonte principal do direito feudal”. CABRAL, op. cit., p. 56.

³⁸ Sobre a origem do direito canônico, relata CABRAL: “A necessidade de se estabelecerem normas jurídicas no âmbito da Igreja é praticamente tão antiga quanto ela própria, mas foi com o seu reconhecimento oficial, no século IV, que o Direito Canônico ganhou importância estrutural. Como menciona Padoa-Schioppa, tratou-se, inicialmente, de um direito constituído de normas escritas e de costumes, de órgãos e sanções específicas, as quais não eram menos eficazes por terem natureza espiritual, e a sua aplicação, inicialmente restrita às pequenas comunidades cristãs, foi sendo ampliada, à medida que se expandiu a fé cristã”. CABRAL, op. cit., p. 36-37. Já sobre a sua importância, ensina VILLEY: “É certo que na Idade Média existem outros direitos além do direito canônico: regulamentos dos grupos inferiores, senhorios, corporações, cidades, famílias, grupos feudais. Mas é duvidoso afirmar que, segundo a linguagem tradicional, o termo direito convenha expressamente à ordem interna desses grupos. Em todo caso, esses direitos inferiores, cujo estudo é negligenciado pelo clero, são, em doutrina, subordinados ao direito da Igreja. O que encontramos de mais vivo no direito medieval, as instituições mais novas e mais significativas, as que são *direito* e não *fato*, nos são apresentadas como deduzidas das Sagradas Escrituras. É o que ocorre desde a época do renascimento carolíngio e, como o Evangelho é bastante pobre em termos de princípios de direito, exploram-se todos os recursos da interpretação simbólica; haure-se no Antigo Testamento”. VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. Tradução Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 114.

Assim, a vítima ganha ainda mais protagonismo, já que os costumes passam a ser o parâmetro para a solução dos conflitos e se aguçam os meios e anseios privados para guiar a lide entre ofensor e vítima. Todas as lides eram vistas, neste momento histórico, como de direito privado, e encontravam soluções no estrito âmbito das famílias do autor e do ofendido.³⁹

Sobre o mencionado momento histórico, Cabral relata que “com a queda do Império Romano, a Igreja se tornou a única instituição com pretensões de universalidade no Ocidente, estendendo sua autoridade basicamente por todo o continente europeu”⁴⁰. Percebeu-se uma conversão em massa dos povos para a fé católica, de sorte que as invasões germânicas e a queda de Roma não representaram uma diminuição da esfera de influência da Igreja.⁴¹

O *ius canoncium* era um direito escrito, positivo e tinha um ideal de universalidade, uma vez que seu fundamento de validade – a razão divina – também era universal. Uma das razões pelas quais ele se aproximou do Direito Romano foi justamente em razão de suas pretensões de validade universal⁴². Referida aproximação conceitual entre ambos influenciou fortemente o surgimento do *ius comunne*, como se verá mais adiante.

Sobre o sistema germânico, Foucault⁴³ assinala algo que é a essência do período que estamos tratando: não existia nessa época ação pública, ou seja, não existia um detentor do poder, representante da sociedade, encarregado de fazer acusações contra os indivíduos. O início do processo penal se dava com uma pessoa, que se apresentava como vítima, ou um parente em nome dela, que indicava um adversário. A ação penal era caracterizada como uma espécie de duelo, que acontecia entre indivíduos, famílias ou grupos, sem intervenção de qualquer autoridade. Assim, existiam apenas dois personagens ou grupo de personagens na ação penal que se desenvolvia nesta época: ofensor e vítima, bem como suas respectivas famílias e/ou agrupamentos sociais.⁴⁴

Traçando um paralelo comparativo entre o direitos dos povos germânicos e o

³⁹ CÂMARA, op. cit., p. 30.

⁴⁰ CABRAL, op. cit., p. 27. O autor acrescenta: “Desde o Édito de Tessalônica, em 380, a Igreja passou a ser a religião oficial do Império⁶¹, garantindo-lhe uma posição de predominância na fé adotada pelos romanos e, simultaneamente, grande proximidade com as esferas de poder, o que, em verdade, já se observou desde o reinado de Constantino I, especialmente com o Édito de Milão, em 313”. Ibid., p. 27.

⁴¹ Sobre a relação entre Império e Igreja, CABRAL aponta que “Enquanto durou a convivência entre Império e Igreja, a relação foi marcada por uma adaptação desta à realidade que já existia em Roma, onde o imperador era o chefe da religião oficial. Além de ter criado uma tensão antes inexistente, a problemática relação entre o temporal e o espiritual⁶³, a proclamação do cristianismo como um culto oficial e, portanto, de natureza pública, implicou a visão de que o imperador seria o seu chefe, em uma noção de liderança até então desconhecida”. Ibid., p. 28.

⁴² Ibid., p. 44/45.

⁴³ O autor lembra que existiam apenas dois casos que excepcionavam essa regra: a traição e a homossexualidade. A comunidade então intervinha na qualidade de lesada e exigia, coletivamente, a reparação. FOUCAUT, op. cit., p.56-57.

⁴⁴ Ibid., p. 56.

Direito Romano, Cabral destaca três elementos principais⁴⁵: a) ao contrário do Direito Romano, onde as leis eram fruto de uma profunda organização e hierarquização da justiça, no sistema germânico o direito era costumeiro, pois se relacionava principalmente com as práticas reiteradas do seu povo, não havendo atividade legislativa formal; b) ligado ao ponto anterior, a segunda distinção se relaciona ao fato de que a aplicação da justiça cabia aos seus líderes ou a conselhos de grupos de pessoas próximas a ele, em razão da ausência de institucionalização da administração da justiça e por eles viverem em grupos bem menores do que as cidades romanas; c) a aplicação do princípio da personalidade do direito, que, oposto ao princípio da territorialidade, permitia que sujeitos de um mesmo ordenamento jurídico-político pudessem regular suas relações privadas de acordo com a *natio* a que pertencessem.⁴⁶

A vingança privada germânica se caracterizou pelo instituto conhecido como *Faida* ou *Fehde*, ou seja, a inimizade gerada pelo delito, onde, de um lado, havia a vítima e a sua família (ou *Sippe*), e, no polo antagônico, o ofensor e sua parentela. Nesse diapasão, o crime cometido por um membro responsabilizava toda a sua família, caso esta não preferisse entregar seu integrante para a vingança da vítima.⁴⁷

Sobre a metodologia de resolução de conflitos deste período histórico, afirma Foucault: “O direito é, pois, uma maneira regulamentada de fazer a guerra”⁴⁸. Isso porque o procedimento penal era uma ritualização, como uma espécie de guerra particular, individual, onde o procedimento penal ocorre apenas para ritualizar a luta entre os indivíduos. Para o Direito Germânico, a guerra não se opõe à justiça, sendo o direito “uma forma singular e regulamentada de conduzir uma guerra entre os indivíduos e encadear os atos de vingança”.⁴⁹

Nesse ritual, inexistia a figura do poder judiciário para decidir os conflitos entre os oponentes. O mais poderoso ou aquele que exercia a soberania apenas assegurava a regularidade do procedimento, não lhe cabia fazer justiça.⁵⁰ Acerca da administração da justiça no sistema germânico, assinala Cabral:

Aliando-se a ausência de institucionalização da administração da justiça à própria estrutura da organização dos povos germânicos, que geralmente viviam em grupos

⁴⁵ CABRAL, op. cit., p. 48-49.

⁴⁶ Explica o autor que o princípio da personalidade “(...)permitiu a preservação das leis anteriormente aplicadas nos territórios conquistados. Em outros termos, o princípio da personalidade possibilitou a continuidade da aplicação do direito romano. Essa ideia, tipicamente germânica, foi sendo adotada à medida em que o Império deixava de existir, tornando-se regra no Medievo e fundamentando uma das principais características do *ius commune*: a pluralidade de ordenamentos. Ibid., p. 49.

⁴⁷ CÂMARA, op. cit., p. 32-33.

⁴⁸ FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: PUC/NAU, 1996, p. 56.

⁴⁹ Ibid., p. 56-57.

⁵⁰ Ibid., p. 65.

bem menores do que as cidades romanas, é possível entender o porquê de a função jurisdicional ser normalmente entregue aos seus líderes ou a conselhos e grupos de pessoas próximas a ele. A aplicação da justiça cabia às principais autoridades desses povos, cujas funções também eram eminentemente militares. A figura de um rei-juiz, que também era um rei-guerreiro, é um elemento marcante nos direitos germânicos.⁵¹

No entanto, se por um lado não havia oposição entre direito e guerra, noutra direção também é necessário destacar que a possibilidade de acordo estava sempre presente. A solução do conflito estava numa prova de força em que havia a possibilidade alternativa de encerrar numa transação econômica. Foi assim que o Direito Germânico se constituiu antes da invasão pelo Império Romano.⁵²

O sistema germânico se fundava em dois principais pilares: luta judiciária e a transação entre os protagonistas do conflito. Por meio desse sistema, a vítima era mora propulsora, de forma que, sem ela, a exigência da reparação do dano não se analisava o conflito em termos jurídicos.⁵³

Nesse sentido, a atuação da vítima bifurca-se em *vingança* ou *reparação*, ambas as áreas de caráter nitidamente sancionatório, constituindo verdadeiro direito subjetivo da vítima.⁵⁴

O aperfeiçoamento do referido sistema germânico fez nascer três espécies de reparação: a) *Wehrgeld*, que se destinava a reparação dos danos causados a vítima; b) *Busse*, valor pago também a vítima a título de pena; c) *Friedensgeld* ou *Fredum*, pago ao Estado para resgatar a paz pública atingida pelo crime⁵⁵.

Não havia nessa época diferença entre reparação penal e civil, de sorte que as penas

⁵¹ CABRAL, op. cit., p. 48.

⁵² Sobre o assunto, acrescenta Foucault: “O antigo Direito Germânico oferece sempre a possibilidade, ao longo dessa série de vinganças recíprocas e rituais, de se chegar a um acordo, a uma transação. Pode-se interromper a série de vinganças com um pacto. Nesse momento, os dois adversários recorrem a um árbitro que, de acordo com eles e com seu consentimento mútuo, vai estabelecer uma soma em dinheiro que constitui o resgate. Não o resgate da falta, pois não há, mas unicamente dano e vingança. Nesse procedimento do Direito Germânico um dos dois adversários resgata o dinheiro de ter a paz, de escapar à possível vingança de seu adversário. Ele resgata sua própria vida e não o sangue que derramou, pondo assim fim à guerra. A interrupção da guerra ritual é o terceiro ato ou ato terminal do drama judiciário no velho Direito Germânico”. FOUCAULT, 1996, p. 57.

⁵³ BARROS, Flaviane de Magalhães. **A participação da vítima no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 10.

⁵⁴ CÂMARA, op. cit., p. 31.

⁵⁵ CHILDRES, Robert D. 1964, p.444, apud FELIPETO, Rogerio. **Reparação do dano causado por crime**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2001, p. 20. Sobre a valorização dos mecanismos reparatórios do direito germânico, ZAFFARONI e PIERANGELI fazem uma interessante reflexão: “A importância do direito penal germânico tem sido posta em relevo atualmente, destacando-se justamente sua tendência ao restabelecimento da paz social por via da reparação e, portanto, sua função verdadeiramente reparadora do bem jurídico frente à tendência estatista do direito romano, que é a que passa à legislação penal posterior e que predomina até nossos dias. As atuais abordagens abolicionistas insistem nessa experiência histórica e individualista e observam que, se para nós parece inamovível a atual configuração do sistema penal, isso não se funda em razões históricas, posto que até o século XIII a influência germânica impunha-se com este gênero de sanções mais reparatórias que punitivas”. ZAFFARONI; PIERANGELI, op. cit., p. 190-191.

pecuniárias representavam, ao mesmo tempo, pena e reparação.⁵⁶

Ao longo dos séculos V até o século XI d.c., período que compreende o predomínio germânico, o seu Direito foi evoluindo como resultado do reforço do seu caráter estatal. Nesse contexto, a pena mais grave conhecida no direito penal germânico era a “perda da paz” (*Frieldlosigkeit*), em que se retirava a tutela social ao apenado, sendo facultado a qualquer pessoa da comunidade lhe matar impunemente, não só a vítima e seu clã.⁵⁷

A perda da paz consistia em uma das restritas hipóteses, à época, de sanção pública, e se aplicava a crimes como homicídio, traição durante as guerras, deserção, perjúrio etc. Acarretava a dissolução de todos os vínculos sociais e familiares, alcançando a pessoa e seus bens, ressalvada a hipótese, em alguns casos, do pagamento de uma multa (*Fredus*).⁵⁸

O instituto da *perda da paz* no direito germânico é visto pela doutrina como um claro apoderamento do Estado do *jus puniendi*, movimento que vai avançando ao longo dos tempos⁵⁹. A amplitude de publicização da justiça vai se estendendo na mesma medida em que os mecanismos postos à disposição das vítimas para a satisfação dos seus interesses vão se tornando mais restritos.

Assim, é correto afirmar que, durante muito tempo na história, a justiça pública coexistiu com a vingança privada no mesmo espaço territorial, ou seja, não é possível delimitar o exato momento em que o Estado tomou para si, de forma predominante, o exercício do direito de punir. Tampouco se pode afirmar que tal movimento ocorreu de forma estática e consecutiva, pois o que se avalia da delimitação dos períodos históricos é o predomínio do exercício do *jus puniendi*, que passa das mãos da vítima para, de forma quase absoluta, para o poder do Estado.

A tensão constante e a compreensão de que a missão do direito não é pacificar conflitos, mas “ritualizar a vingança”, transformando, assim, a guerra particular em uma guerra “judiciária”, revelam um momento de transição política e jurídica e que determinaram a substituição dos sistemas com o advento dos Estados Nacionais.⁶⁰

⁵⁶ FERNANDES, Antônio Scarance, 1995, p. 15, apud RODRIGUES, op. cit., p. 37.

⁵⁷ ZAFFARONI; PIERANGELI, op. cit., p. 35.

⁵⁸ CÂMARA, op. cit., p. 35-36.

⁵⁹ No mesmo sentido, ZAFFARONI e PIERANGELI aduzem que: “Essa característica privatista dos germanos foi se perdendo ao longo dos séculos, em que o direito penal também entre eles se foi fazendo público. Seu caráter privatista e individualista provinha de sua natureza de povo guerreiro, em que a paz era vista como o direito e a ordem. Era precisamente a paz o que perdia aquele que declarava a guerra à sociedade (*Frieldlosigkeit*) ou a um particular (*Faida*), e que podia recuperar pela *Wertgeld* ou a composição, salvo em certos delitos, como a traição ao Rei, em que não era admitida. O estado de *Faida* era socialmente nocivo, porque gerava para a família do ofendido o dever de levar adiante a “vingança de sangue” (*Blutrache*) contra o ofensor e sua família. Devido a isso, à medida em que se foi tornando público o direito penal, a *Faida* foi sendo limitada por via da composição, que de optativa passou a ser obrigatória. ZAFFARONI; PIERANGELI, op. cit. p. 190.

⁶⁰ BARROS, op. cit., p. 10.

A “idade de ouro”, em suma, é um período histórico que remonta às origens da civilização, aparece posteriormente no primitivo Direito Romano e que ressurge, alcançando seu auge, na Idade Média – direito dos povos germânicos –, o qual foi perdendo cada vez mais força a partir da Alta Idade Média, consequência da progressiva publicização do Direito Penal.⁶¹

No entanto, cumpre esclarecer algumas pontuações acerca da referida designação. A par de significar um período histórico em que as vítimas tiveram seus interesses tutelados de forma privilegiada, tendo a prerrogativa de dispor acerca da punição ao seu agressor, bem como ser beneficiada com a reparação do dano, isso não conduz necessariamente à conclusão de que a referida estrutura jurídico-social tenha sido arquitetada com a intenção nobre de colocar a vítima em primeiro lugar na solução dos conflitos.

Nesse sentido, pondera Câmara que as vítimas tiveram, mesmo nessa época em que seus interesses foram incontestavelmente privilegiados, um papel secundário no plano jurídico-penal (dogmático). A posição hegemônica conferida à vítima destinava-se não à busca pela sua satisfação, mas, com absoluta primazia, a fazer perdurar a manutenção da paz da comunidade.⁶²

Certo é que grande parte dos autores acabam por denominar “idade de ouro” um largo período, fluído e difuso, que surge com os primórdios da civilização, reaparece no direito primitivo romano e atinge o seu ápice na Idade Média, no Direito dos povos germânicos, e passa a perder sua intensidade a partir da Alta Idade Média, período em que a justiça privada vai cedendo espaço à publicização do direito penal.

No entanto, Câmara pondera que pode ser valorado, sob um prisma histórico-filosófico, no que respeita ao plano jurídico-penal (dogmático), que às vítimas quase sempre esteve reservado um papel secundário, pois os mecanismos de compensação privada somente aparentemente concediam à vítima uma posição hegemônica, pois prestavam-se prioritariamente a fazer perdurar a manutenção da paz interna da comunidade.⁶³

Assim, em que pese a posição da vítima no sistema de justiça criminal nesse período não se resumir à de simples informante do delito, também não se pode romantizar sua importância, de sorte que o aludido protagonismo não significou uma absoluta liberdade de realizar vingança conforme os seus caprichos. Ainda no período de mais exacerbado protagonismo, a vítima não atuava de forma descolada da comunidade a qual pertencia, mas se inseria num jogo de freios e contrapesos das relações sociais prevalecentes à época.⁶⁴

⁶¹ CÂMARA, op. cit., p. 31.

⁶² Ibid., p. 31.

⁶³ Ibid., p. 31-32;

⁶⁴ Acerca do tema, esclarece Neemias Moretti Prudente: “Todavia, o referido protagonismo não deve, ainda, ser visto como uma ampla e irrestrita liberdade conferida à vítima para buscar, de forma como melhor lhe apossasse,

No mesmo sentido, anota Oliveira:

A análise histórica demonstra que o protagonismo da vítima em tempos distantes não deve ser superestimado de modo a autorizar uma suposição de sua primazia absoluta ou, ainda, de modo a supor a existência de uma resposta ao delito isolada do contexto social. O referido protagonismo não deve, ainda, ser visto como uma ampla e irrestrita liberdade conferida à vítima para buscar, da forma que melhor lhe aprouvesse, a compensação pelo mal sofrido. Ao contrário, a relevância dos laços sociais e comunitários rompidos ou ameaçados pela prática do crime, os limites impostos às reações, chegando-se à composição compulsória, demonstram que a ideia de contexto social era extremamente relevante.⁶⁵

Advirta-se também, para ficar claro, que a nomenclatura “idade de ouro” não se trata de um enaltecimento da doutrina sobre do modelo de justiça adotado, mas tão somente faz referência ao amplo protagonismo da vítima na solução do conflito, papel que foi coroado nesse momento histórico com uma maior valorização dos seus interesses. A idade de ouro reflete, nas palavras da Câmara, “não um somatório de condutas reativas isoladas e dispersas, mas uma expressão coletiva de poder”⁶⁶, que migrou de início para um determinado grupo e, depois, como veremos no próximo tópico, foi paulatinamente absorvido para as mãos do soberano, num processo que vai influenciar diretamente no modelo de Estado que conhecemos atualmente.

2.2 O confisco do conflito

A segunda fase, também chamada de “neutralização da vítima”, representa o período mais degradante da vítima e que, ainda atualmente, revela uma forte influência no modelo de justiça penal adotado. Estabeleceu-se a ideia de que o crime era uma conduta que ofendia os interesses do soberano, havendo o Estado confiscado o conflito e tomado para si o exercício exclusivo do *jus puniendi*.

A vítima, que até então ocupava um lugar relevante na solução do conflito, despenca gradativamente para uma posição periférica até fincar seus pés no solo da subalternidade. Se antes era a figura principal no contexto do fato criminoso, ao lado do seu algoz, paulatinamente dela foi tomada inclusive o papel de coadjuvante, sendo negligenciada principalmente no aspecto reparatório.

A revolução jurídica que teve como resultado a neutralização da vítima do debate

a compensação pelo mal sofrido. Assim, onde o crime era um atentado contra a coesão social, mais que fornecer à vítima uma satisfação pessoal, a finalidade maior era restabelecer os laços sociais e comunitários rompidos ou ameaçados pela prática do crime, com a clara finalidade de evitar futuras investidas”. PRUDENTE, Neemias Moretti. **Introdução aos fundamentos da vitimologia**. 2. ed. Curitiba: CRV, 2020, p. 30.

⁶⁵ OLIVEIRA, op. cit., p. 32.

⁶⁶ CÂMARA, op. cit., p. 57.

político-criminal ocorreu em meio a uma intensa disputa de poder, onde reis, senhores feudais e Igreja reivindicavam para si o exercício do *jus puniendi*. Foi um processo gradual de alteração das normas e costumes, contra a qual se enfrentou forte resistência.⁶⁷

Sobre essa passagem, resume Roig Torres:

No entanto, como já apontamos, o deslocamento definitivo do lesado da esfera punitiva não ocorreu até o final da Idade Média, com a irrupção do estado *ius puniendi* e a atribuição ao estado do monopólio da sanção. O Direito Penal moderno acarretou uma nova concepção do crime, como um atentado à ordem social, que passaria a ser claramente diferenciado do dano privado causado aos lesados. A punição abandonaria, assim, sua função restaurativa inicial e, gradualmente, adquiriria uma finalidade preventiva. Mas, dessa forma, começaria também o que se convencionou chamar de “neutralização da vítima”. A partir de então, o sistema penal se articulava em torno do infrator, reduzindo o papel do ofendido, no processo penal, ao de mera testemunha ou ator civil. (tradução nossa)⁶⁸

Entender o contexto político deste período é essencial para que se atinja a exata compreensão de como sucedeu esse movimento, deixando a vítima de ter pleno protagonismo na solução do conflito para erradicar esse poder nas mãos do Estado, levando-a ao ostracismo.

O século XII, durante a transição entre a Alta e a Baixa Idade Média, costuma ser apontado como o período histórico em que uma nova concepção de justiça toma o lugar das então práticas privadas de solução de conflitos.

Sobre o tema, esclarecedoras são as lições de Foucault quando afirma que “uma justiça não é mais contestação entre indivíduos e livra aceitação e livre aceitação por esses indivíduos de um certo número de regras de liquidação”⁶⁹. Contrariamente, ela se impõe, do alto, aos indivíduos, aos oponentes, aos partidos. Os indivíduos perdem o domínio da solução dos seus próprios conflitos, devendo se submeter a um poder exterior a eles que se impõe como poder judiciário e poder político.

A justificativa do poder do rei para o exercício do *jus puniendi* seria pela escolha divina: o Rei é Rei porque Deus quis assim. Para que a sociedade respeitasse a figura do monarca, deveria respeitar igualmente a lei. A violação à lei seria uma violação do próprio monarca, que, a partir disso, teria o direito de punir quem praticou o ato ilícito através do Poder

⁶⁷ MORAN, op. cit., p. 35.

⁶⁸ “No obstante como ya hemos apuntado, el desplazamiento definitivo del agraviado del ámbito punitivo no se produjo hasta finales de la Edad Media, con la irrupción del *ius puniendi* estatal y la atribución al estado del monopolio de la sanción. El moderno Derecho Penal entrañaba una concepción nueva del delito, como atentado contra el orden social, que se iba a diferenciar netamente del daño privado causado a los perjudicados. El castigo abandonaría, así, su inicial función reparadora e iría adquiriendo una finalidad preventiva. Mas, de esta forma comenzaría también lo que se ha dado en denominar la “neutralización de la víctima”. A partir de entonces el sistema penal se articularía en torno al delincuente, reduciéndose el papel del ofendido, en el proceso penal, al de mero testigo o actor civil”. ROIG TORRES, Margarita. **Algunos apuntes sobre la evolución histórica de la tutela jurídica de la víctima del delito**. EPC, n. 22, 2000, p. 164-165.

⁶⁹ FOUCAULT, op. cit., p. 66.

Judiciário⁷⁰.

O Direito Penal passa a ser questão de ordem pública. A pessoa que comete um crime viola o contrato social de Rousseau, ofendendo não a pessoa da vítima individualmente considerada, mas o Estado, de quem emana o poder de coerção à respectiva punição. Ao Estado interessava a justiça, ao contrário da vítima, que buscava somente a vingança. Com esse pensamento, os interesses da vítima foram estigmatizados, passando a possuir papel secundário na solução do conflito, sendo vista como mera fonte probatória.

Conforme lecionam Zaffaroni e Pierangeli, esse é um fenômeno que se pode observar na história do Direito Penal desde então: não só se torna pública a tutela dos bens, como também os próprios bens passam a ser públicos, pertencentes ao próprio Estado. Não se trata de uma tutela pública de interesses particulares, mas uma própria tutela pública de interesses públicos. O Direito Penal se transforma em um instrumento a serviço dos interesses do Estado.⁷¹

Como afirmação do caráter público e de prevenção geral do Direito Penal, Luigi Ferrajoli explica que a acusação perdeu seu caráter privado originário e foi assumindo uma feição notadamente pública. Inicialmente, mediante a atribuição a qualquer cidadão, pelos *delicta publica*, da ação cívica ou popular, e, posteriormente, com a instituição de um órgão acusador ou Ministério Público⁷².

Foucault lembra que, por volta do século XII, surge a figura do “procurador”, que se apresenta como o representante do soberano, do rei ou do senhor. Quando acontece o crime, ele funciona como uma espécie de duplê da vítima, dizendo: “Se é verdade que este homem lesou um outro, eu, representante do soberano, posso afirmar, que o soberano, seu poder, a ordem que ele faz reinar, a lei que ele estabeleceu, foram igualmente lesados por esse indivíduo.

⁷⁰ BARROS, op. cit., p. 12.

⁷¹ ZAFFARONI; PIERANGELI, op. cit. Nessa esteira, aponta HASSEMER: “O Direito penal surge com a neutralização da vítima. A luta dos historiadores do Direito apoia-se no fato de que o Direito penal germânico deve qualificar-se como um “precedente”, um “início” ou como algo completamente diferente do Direito penal estatal; em todo o caso está claro que um sistema jurídico-penal somente pode se desenvolver se a vítima for afastada de sua posição natural em face do autor. A vingança e o conflito como resposta à violação, na concepção do Direito germânico, não eram instrumentos de todo o povo, mas somente do ofendido e da sua respectiva família. A comunidade autorizava e protegia o acesso vingativo da vítima, mas sem expor a si mesma. Isso se modifica com a introdução de um sistema de composição e a transferência da imposição da pena ao autor pelo crime cometido, da vítima para o Estado. A lesão do autor e de sua família pelo corpo ou pela vida como resposta ao ato, foi substituída pela função de expiação e penitência, que proporcionava satisfação à vítima e que se desenvolve em um sistema de composições com “preços” graduados e precisamente de acordo com as lesões. O Direito penal estatal se estabeleceu com a imposição à vítima do papel de receptora legítima do sistema de composições. Em um paralelo histórico e funcional pode-se reconhecer o desenvolvimento de um sistema de punições com penas corporais vitais e a imposição da paz divina e terrena: coma satisfação da vítima se realiza a retribuição pelo ato injusto”. HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2005, p. 113.

⁷² FERRAJOLI, op. cit., p. 455.

Assim, eu também me coloco contra ele”⁷³.

A intervenção do soberano não é o de mero árbitro do conflito entre dois adversários, mas uma réplica direta àquele que ofendeu a lei emanada do soberano. O castigo, então, não pode se resumir na mera reparação do dano ao ofensor, pois é preciso reparar principalmente o prejuízo que foi causado ao reino, pois a desordem instaurada, o mau exemplo dado, são vistos como danos consideráveis que não se comparam com o dano que é sofrido pelo particular. A vingança agora passa a ser do reino por uma afronta feita à sua pessoa⁷⁴.

É desse modo que, para extirpar qualquer vestígio de atenção à vítima do crime, o Estado se imiscui não só na posição de parte lesada pela infração, mas também naquela que exige a reparação em razão dos danos provocados. Surge, assim, a multa, importante mecanismo de confisco e arrecadação pelo Estado em razão dos crimes praticados. Como parte teoricamente lesada pela infração, cumpre ao soberano, detentor do poder político, ser ressarcido pelo autor do fato.

Observou-se um processo de acumulação de riquezas e do poder das armas, movimento que eclodiu com o amadurecimento de um poder judiciário nas mãos de alguns, chegando ao seu ápice no momento da formação da primeira grande monarquia medieval, que ocorreu entre a metade e o final do século XII. Percebeu-se que o exercício do poder judiciário era útil para assegurar a circulação de bens, sendo uma ferramenta para gerir a referida acumulação de riquezas, razão pela qual a decisão do conflito precisava ser confiscada pelos mais poderosos⁷⁵. A maior parte do arrecado ficava com os responsáveis pela punição, sendo repassada uma parcela à vítima somente quando esta fosse de uma classe ou posição religiosa de destaque, e em nada eram ressarcidas as vítimas pobres⁷⁶.

Surge uma noção que até então era absolutamente nova: a infração. A partir deste momento, o drama judiciário não é apenas um conflito entre dois indivíduos, mas uma ofensa contra o Estado, representado pelo próprio soberano. É dessa forma que a noção de *dano* vai sendo substituída pela noção de *infração*, que é uma das marcas do Direito no medievo⁷⁷.

Essa suplantação da relação bilateral ofendido/ofensor por uma relação trilateral, formada por ofendido/ofensor/autoridade judiciária imparcial é que marca, segundo Ferrajoli, o nascimento do Direito Penal. Explica o autor⁷⁸:

⁷³ FOUCAULT, op. cit., p. 66.

⁷⁴ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1987, p. 66.

⁷⁵ Ibid., p. 65.

⁷⁶ PEDRA JORGE, op. cit., p. 28.

⁷⁷ Ibid., p. 66.

⁷⁸ FERRAJOLI, op. cit., p. 269.

Com efeito, historicamente, o direito penal nasce não como desenvolvimento, mas, sim, como *negação da vingança*, em descontinuidade e em conflito com a mesma e não em continuidade, justificando-se não com o propósito de garanti-la, mas com aquele de impedi-la. É bem verdade que a pena substituiu, nas origens do direito penal, a vingança privada, mas esta substituição não é nem explicável historicamente nem tampouco justificável axiologicamente com a finalidade de melhor satisfazer o desejo de vingança, que, por si só, constitui uma "culpável e atroz paixão", mas, ao contrário, com aquela de solucioná-lo e de prevenir-lhe as manifestações. Neste sentido, podemos bem dizer que a história do direito penal e da pena corresponde a uma longa luta contra a vingança. O primeiro passo dessa história ocorreu quando a vingança foi disciplinada como direito-dever privado a pesar sobre o ofendido e seu grupo de parentes, segundo os princípios da vingança de sangue e da regra de talião. O segundo passo, muito mais decisivo, aconteceu quando produziu-se a dissociação entre juiz e parte lesada, e a justiça privada – as vinganças, os duelos, os linchamentos, as execuções sumárias, os ajustamentos de contas, foi não apenas deixada sem tutela, mas vetada. O direito penal nasce, precisamente, neste momento, quando a relação bilateral ofendido/ofensor é substituída por uma relação trilateral, que coloca em posição imparcial uma autoridade judiciária. É por isto que cada vez que um juiz é movido por sentimentos de vingança, ou de parte, ou de defesa social, ou o Estado deixa espaço à justiça sumária dos particulares, pode-se dizer que o direito penal regrediu a um estado selvagem, anterior à formação da civilização.

Como foi visto no tópico anterior, depois da queda no Império Romano no Ocidente, observou-se o nascimento de diversos núcleos de poder. Os senhores feudais exerceram o comando político durante vários séculos, em substituição a um modelo de poder universal (romano). No entanto, esse poder disperso foi paulatinamente substituído por um novo poder central, dessa vez titularizado não por um poder de extensão territorial intercontinental, como era o Império Romano, mas por Estados Nacionais monárquicos que passaram a se organizar na Europa.⁷⁹

O processo de centralização política sob Estados Nacionais ocorre durante vários séculos, de forma gradual, ultrapassando a então persistente ideia do universal, herdada do Império Romano e que persistia nas ideias de Império e da Igreja, que se colocava em contraponto à ideia do local, resultado, da fragmentação político senhorial.⁸⁰

No Direito Romano, os próprios delitos privados (aqueles cometidos contra homens

⁷⁹ RODRIGUES, op. cit., p. 37.

⁸⁰ O exemplo de Portugal é excelente para que se compreenda esse fenômeno. Narra Roger de Melo Rodrigues: “Após a queda do Império Romano do Ocidente e a sucessão de processos históricos como a dominação visigótica, a Conquista moura na península ibérica, e sua Reconquista cristã, D. Afonso Henriques, em 1139, rompeu com o reino de Leão, declarando a independência de Portugal e autoproclamando-se Rei. Essa nascente monarquia obteve reconhecimento pelo Papa Alexandre III, em 1179, por meio da bula *Manifestis Probatum*. O novel Estado português que, no século XII, enfrentava o problema de uma jurisdição fracionada, a cargo dos senhores locais, que ainda detinham forte influência política, no século XIII presenciou a crescente centralização do poder nas mãos do Rei e a assunção, da parte deste, do poder jurisdicional. Assim, os monarcas portugueses passaram a adotar medidas a fim de promover essa concentração de poder, como: circular nas províncias, auxiliados por juízes itinerantes, com o intuito de fiscalizar a aplicação de sua justiça (a justiça real); nomear juízes (juízes de fora) para substituir os juízes ordinários, eleitos pela comunidade local; instituir a apelação *omisso médio* (que se interpunha diretamente ao Rei, sem a intervenção do senhor local), dentre outras medidas que acabara por solapar as justiças senhoriais e assegurar a prevalência e, a *posteriori*, a exclusividade da justiça real”. Ibid, p. 38.

livres), bem como os que o Estado originariamente não tinha interesse em perseguir, passam a ser perseguidos pelo Estado e submetidos a pena pública por meio de um procedimento extraordinário, que acaba se convertendo em procedimento ordinário, alçando o direito penal a um caráter público.⁸¹

Com efeito, as leis do Império Romano foram de grande importância durante o processo de publicização do conflito, já que tinham por fundamento um estado forte e centralizador.⁸² O império foi corrompendo as instituições republicanas, sendo alargado significativamente o âmbito dos crimes *majestatis* (crimes contra a majestade, contra a soberania do imperador).

A tomada do conflito das mãos da vítima, como se nota, tem um forte arcabouço teórico, que converge com os desenvolvimentos e sedimentação dos estudos de Direito Penal. O primeiro tratado a versar exclusivamente essa matéria é datado do final do século XIII, chamado *Tractatus de Maleficiis*, de autoria de Alberto de Gandino, cujo eixo está radicado no Direito Comum (*Ius Commune*), onde as penas assumem um caráter individual e particular, sendo determinante para a sua aplicação a classe social das pessoas envolvidas, articulando-se um verdadeiro Direito Penal de classe.⁸³

Nessa esteira, o nascimento e evolução do direito comum (*ius commune*) foi marcante para o desenvolvimento do processo de centralização do poder e uniformização do processo penal nos ordenamentos jurídicos dos Estados Nacionais. Sobre o tema, assinala Cabral:

O *ius commune* foi um “direito de juristas”, o que significa ter sido muito marcante para a sua composição o papel de pessoas com um conhecimento técnico e formal de algumas das matrizes do direito comum, notadamente o direito romano e o direito canônico. Os juristas que escreveram o que hoje se chama de obras doutrinárias, ou, mais precisamente, de literatura jurídica, acabaram por organizar os elementos do *ius commune* e mesmo por conferir a sua validade à época, sem que, para isso, tenha sido necessária uma uniformidade de opiniões. Ao contrário, o direito comum foi marcado por visões divergentes sobre os vários temas de que os juristas se ocuparam.⁸⁴

Porém, a sobrevivência do *ius commune* não esteve ligada à existência estruturada de um poder político que garantia a observância de suas normas. Outro elemento – a fé - foi que esteve presente como elemento primordial na sua engrenagem, pois era justamente ela quem garantia um fundamento de validade universal, ainda que não houvesse uma coerência

⁸¹ ZAFFARONI; PIERANGELI, op. cit., p. 188.

⁸² MORAN, op. cit., p. 36.

⁸³ CÂMARA, op. cit., p. 40.

⁸⁴ CABRAL, op. cit., p. 63.

sistêmica e pretensão de completude⁸⁵.

A despeito da pretensão de universalidade, o *ius commune* conviveu com a existência de ordenamentos jurídicos particulares, o que não significa dizer que esses direitos de ordem eminentemente particular, os chamados *iura propria*, eram direitos estatais. Cabral assinala que essa uma das marcas mais fortes do direito medieval: “o Estado não era a única fonte de normas jurídicas”⁸⁶. O autor explica o funcionamento e a convivência da seguinte forma:

De um modo geral, *ius commune* e *ius patrium* conviviam nos mesmos espaços jurídicos, cabendo a este, em razão da especificidade, uma aplicação prioritária, enquanto que aquele servia, em linhas gerais, a uma aplicação subsidiária e à função integradora em casos para os quais não haja previsão em direitos próprios. Quando não houvesse, para o caso concreto, regra própria e específica, deveria ser utilizado o direito comum. Essa tese foi muito difundida pelo que ficou conhecido como fórmula de Nicolini, segundo a qual o juiz deveria decidir de acordo com os estatutos, e, só na deficiência deles, deveriam ser aplicados, sucessivamente, os costumes – que eram parte do *ius patrium*, deve-se lembrar – e o *ius commune*. O modo como ele foi aplicado variou a depender da experiência de cada reino, mas, de um modo geral, o seu papel foi de direito subsidiário, ainda que houvesse previsão expressa da sua utilização, como no caso de Portugal.⁸⁷

É importante esclarecer que o modelo político-criminal através do qual o Estado subtraiu da vítima o monopólio do *jus puniendi* não teve por fundamento a tutela dos interesses dos infratores, nem tampouco a proteção das vítimas criminais. Outrossim, representou a afirmação do poder político de um Estado que, cada vez mais forte e organizado, assumiu para si o monopólio da justiça.

Como se percebe, o exercício do direito de punir pelo soberano é uma consequência da centralização do poder nas mãos dos monarcas. O monopólio do conflito não passou ileso a esse movimento político. Observou-se a atuação de uma burocracia real jurisdicional. A solução dos conflitos passou a ocorrer através da aplicação de um direito ditado pelo próprio soberano,

⁸⁵ Ibid., p. 66. Segundo o autor, “As tentativas de ressurreição do Império podem ter sido bem-sucedidas sob alguns aspectos e por tempo determinado, mas a tese do reaparecimento de um único poder político na Europa não se consolidou na realidade. A isso se opuseram a Igreja e as nascentes monarquias nacionais, já observadas no final da Baixa Idade Média. (...) Diante dessa situação, não há como afirmar que a validade do Direito Romano tenha decorrido de um valor como direito positivo, ou seja, por um aspecto de forma, pois isso implicaria aceitara autoridade suprema do imperador – tese adotada por alguns dos glosadores. (...) Por outro lado, foi inegavelmente ampla a utilização do Direito Romano por toda a Europa, e esse fato, ainda que não decorresse da existência de uma autoridade temporal universalmente válida, precisava ser justificado. Outra não foi a explicação senão uma permeada de razões substanciais: o Direito Romano era válido porque se acreditou que se tratava de *ratio scripta*, da pura manifestação da razão humana deduzida em preceitos normativos que, mesmo tendo sido pensados e desenvolvidos em um contexto específico, poderiam ser aplicados a quaisquer outros. Essa tese, cuja permanência ainda pode ser observada pelos séculos seguintes, foi fundamental para o movimento codificador iluminista do final do século XVIII e começo do século XIX; sua origem, porém, está no Medievo. Ibid., p. 66-68.

⁸⁶ Ibid., p. 70-71.

⁸⁷ Ibid., p. 43.

que institucionalizou um processo penal estatal de matiz romano-canônica, o qual já era aplicado no âmbito eclesiástico e que serviu para consolidar o chamado sistema processual inquisitorial⁸⁸.

A apropriação do conflito pelo soberano também irá influir sobremaneira na produção probatória do processo, porque, desta feita, não se admitirão mais provas que tenham por objeto o corpo do sujeito realmente ofendido, o rei. Expõe Foucault:

Se a principal vítima de uma infração é o rei, se é o procurador que se queixa em primeiro lugar, compreende-se que a liquidação judiciária não pode mais ser obtida pelos mecanismos da prova. O rei ou seu representante, o procurador, não podem arriscar suas próprias vidas ou seus próprios bens cada vez que um crime é cometido. Não é em pé de igualdade, como uma luta entre dois indivíduos, que o acusado e o procurador se defrontam. É preciso encontrar um novo mecanismo que não seja mais o da prova, da luta entre dois adversários, para saber se alguém é culpado ou não. O modelo belicoso não pode mais ser aplicado. Que modelo, então, se vai adotar? Este é um dos grandes momentos da história do Ocidente. Havia dois modelos para resolver o problema. Em primeiro lugar, um modelo intrajurídico. No próprio Direito Feudal, no Direito Germânico Antigo, havia um caso em que a coletividade, em sua totalidade, podia intervir, acusar alguém e obter a condenação: era o flagrante delito, caso em que um indivíduo era surpreendido no exato momento em que cometia um crime. [...] Preferiu-se utilizar um segundo modelo, extra-judiciário, que por sua vez se subdivide em dois, ou melhor, que tinha nessa época uma experiência dupla, uma dupla inserção. Trata-se do modelo do inquérito que tinha existido na época do Império Carolíngio.⁸⁹

É nesse contexto que se reforça a inquisição como método de buscar a verdade no

⁸⁸ Sobre o sistema inquisitivo, Roger de Melo Rodrigues anota que, para afirmar a centralização de poder, o antigo direito local – que era baseado primordialmente nos costumes – foi substituído por um direito nacional, que impunha toda a autoridade real. Foi editada, assim, uma crescente legislação nacional, que tinha inspiração no direito comum, e era resultado do renascimento do direito romano, de caráter imperial, e da renovação do direito canônico, que já tinha uma forte essência inquisitorial. Quanto ao poder eclesiástico, este era regido sob a orientação do contraditório, semelhante ao processo penal laico da época. Mas, para unificar a fé cristã e se extirparem as heresias, como a dos albigenses, fortalecendo-se, conseqüentemente, o poder papal, suscitou-se o aparecimento de um sistema inquisitório no âmbito da Igreja, derivando daí a instituição da inquisição. Esse processo penal, influenciado pelo direito comum, especialmente pelos cânones da Igreja, passou a ser incorporado no ordenamento jurídico dos Estados nacionais, constituindo-se o sistema inquisitório histórico, que tem as seguintes características segundo a literatura jurídica: concentração das funções acusatória e julgadora em uma só pessoa ou órgão, ausência de isonomia processual entre as partes, forma escrita, ausência de contraditório, sigilo etc. RODRIGUES, op. cit., p. 40.

⁸⁹ FOUCAULT, op. cit., p. 67. Acerca dos mecanismos de prova, ainda acrescenta o autor: “Se a principal vítima de uma infração é o rei, se é o procurador que se queixa em primeiro lugar, compreende-se que a liquidação judiciária não pode mais ser obtida pelos mecanismos da prova. O rei ou seu representante, o procurador, não podem arriscar suas próprias vidas ou seus próprios bens cada vez que um crime é cometido. Não é em pé de igualdade, como uma luta entre dois indivíduos, que o acusado e o procurador se defrontam. É preciso encontrar um novo mecanismo que não seja mais o da prova, da luta entre dois adversários, para saber se alguém é culpado ou não. O modelo belicoso não pode mais ser aplicado. Que modelo, então, se vai adotar? Este é um dos grandes momentos da história do Ocidente. Havia dois modelos para resolver o problema. Em primeiro lugar, um modelo intrajurídico. No próprio Direito Feudal, no Direito Germânico Antigo, havia um caso em que a coletividade, em sua totalidade, podia intervir, acusar alguém e obter a condenação: era o flagrante delito, caso em que um indivíduo era surpreendido no exato momento em que cometia um crime. [...] Preferiu-se utilizar um segundo modelo, extra-judiciário, que por sua vez se subdivide em dois, ou melhor, que tinha nessa época uma experiência dupla, uma dupla inserção. Trata-se do modelo do inquérito que tinha existido na época do Império Carolíngio”. Ibid., p. 66-67.

processo penal.⁹⁰ Entre o fim da Idade Média e o início da Idade Moderna se presencia o desenvolvimento dos Tribunais de Inquisição, em especial na Península Ibérica. Os Tribunais da Inquisição atuavam ao lado dos tribunais seculares, e a sua importância tem relação direta com o pleno apoio que lhes foi conferido pelos soberanos. Os procedimentos se iniciavam a partir de qualquer suspeita, delação ou mesmo “ouvir dizer”, feita por qualquer pessoa, e a verdade era obtida pelos inquisidores através da prática de torturas. Tais procedimentos e o referido modelo de inquérito acabaram por confirmar o afastamento da vítima da solução do conflito penal⁹¹.

Sobre o assunto, ensina Ferrajoli que o princípio inquisitivo, no início, era um procedimento extraordinário para o processo de determinados tipos de crimes, mas, rapidamente, a partir do século XVI, se difundiu em caráter ordinário em todo o continente europeu, generalizando-se para todos os crimes, e foi se organizando segundo um complexo código de técnicas inquisitórias, incluindo a prática de tortura, tornando, nas palavras do ilustre jurista, a “doutrina do processo penal uma espécie de ciência dos horrores”⁹².

Nesse novo panorama, como corretamente arremata Câmara, “o direito de punir servia à reafirmação do poder”, num cenário onde a justiça penal é dominada pelo interesse do soberano, que se vale principalmente do corpo (economia política do corpo) dos suplicados para, além de extrair confissões, restaurar, simbolicamente, a soberania que foi lesada pelo crime⁹³.

Perceba-se, então, que não prospera o argumento que o confisco do conflito pelo Estado tenha ocorrido com o fundamento de conter os excessos que eram praticados durante a *idade de ouro*. Isso porque, primeiramente, como já vimos, quer na época da vingança pública ou da vingança privada, sempre havia mecanismos para conter a violência e possibilitar a composição dos danos. Além disso, reconhecendo que excessos nas punições também eram praticadas, não foi a ação penal pública que resolveu o problema. Pelo contrário, os excessos cometidos pelo Estado eram por vezes maiores que os que eram praticados durante a idade de ouro.

A brutalidade das sanções foi denunciada por um dos principais teóricos da época,

⁹⁰ É importante lembrar que o processo inquisitivo, apesar de ter sido reforçado a partir do século XIII, tem seu nascedouro durante a Roma imperial, como bem anota o italiano Luigi Ferrajoli: “Depois da queda do Império romano, o processo volta a ser acusatório, confundindo-se nas primeiras jurisdições bárbaras com os ritos das ordálias e os duelos judiciais, evoluindo depois para as formas da *disputatio* e do contraditório, elaboradas entre o fim do primeiro milênio e o século XII, e desenvolvendo-se e consolidando-se na Inglaterra e no mundo anglo-saxão nas formas do *adversary system*.” FERRAJOLI, op. cit., 2002.

⁹¹ OLIVEIRA, op. cit., p. 35.

⁹² FERRAJOLI, op. cit., p. 453-454.

⁹³ CÂMARA, op. cit., p. 41.

Cesare Bonesana, o Marquês de Beccaria, em sua clássica obra “Dos delitos e das penas”, que se traduziu como um dos principais manifestos contra a crueldade dos castigos aplicados no período neutralizador. Beccaria advogou no sentido de que só devem ser perseguidas aquelas ações desvaliosas cuja punição revele-se socialmente útil. Estava presente aqui a ideia de necessidade de pena fundada em um utilitarismo penal moderado, graduado por um princípio eudemonista – da maior felicidade para o maior número de pessoas – e por uma nada larvada preocupação com a proteção da dignidade da pessoa humana. Em síntese: defendeu que o útil, o proveitoso, o vantajoso para o conjunto da sociedade, não pode ser perseguido a qualquer preço. Eis um trecho da consagrada obra e que resume um pouco da sua ideia:

É uma crueldade consagrada pelo uso na maioria dos governos a aplicação da tortura a um acusado durante a formação do processo, quer para arrancar dele a confissão do crime, quer para esclarecer as contradições em que caiu, quer para descobrir os cúmplices ou outros crimes de que não é acusado, mas do qual poderia ser culpado, quer enfim porque sofistas incompreensíveis pretenderam que a tortura purgava a infância.

[...]

Esse meio infame de descobrir a verdade é um monumento da bárbara legislação os nossos antepassados, que denominavam como julgamentos de Deus as provas de fogo, as da água fervente e a sorte incerta dos combates. Como se os elos dessa corrente eterna, cuja origem está no seio da Primeira Causa, pudessem separar-se ou romper-se a cada instante, ao sabor dos caprichos e das frívolas decisões dos homens!

A única diferença existente entre a tortura e as provas de fogo é que a tortura só prova o crime quando o acusado quer confessar, ao passo que as provas de fogo deixavam uma marca exterior, considerada como prova do crime.⁹⁴

No entanto, como lembra Oliveira, o Marquês de Beccaria também foi um teórico que, a despeito de chamar a atenção para a crueldade dos métodos praticados pela inquisição, reforçou a ideia de delito como uma ofensa dirigida à sociedade, e não contra uma vítima concretamente considerada. O centro de suas preocupações era um direito penal que trouxesse uma segurança no arbítrio que permeava o exercício do poder punitivo naquela época, ou seja, impusesse um limite nas torturas e castigos desenfreados.⁹⁵

Em sua análise da obra de Cesare Bonesana, Câmara também analisa que o referido teórico, que foi um dos mais notáveis e influentes construtores do Direto Penal moderno, em nenhum momento propôs um abolicionismo penal⁹⁶. Além disso, foi uma vibrante voz no

⁹⁴ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 3. ed. Leme: Edijur, 2021, p. 38; 40.

⁹⁵ OLIVEIRA, op. cit., p. 36. A autora sintetiza com maestria as ideias centrais da obra de BECCARIA da seguinte forma: a) fundamentação contratualista do direito de punir; b) necessidade de previsão legal das penas; c) proporcionalidade entre o crime e a pena prevista; e, d) finalidade preventiva da pena. Ibid., p. 36.

⁹⁶ É crucial destacar, sob pena de se incorrer em sincretismo metodológico, que as ideias de Foucault e Beccaria, muito embora se aproximem em diversos aspectos, não se confundem, principalmente considerando suas obras mais clássicas, “Vigiar e punir” (Foucault) e “Dos delitos e das penas” (Beccaria). O citado abolicionismo se refere a um dos importantes pontos de distinção entre os pensadores, pois ao passo em que o primeiro defende a

sentido de que todo o delito, ainda que se possa enxergá-lo como privado, ofende a sociedade, viola o contrato social. Em razão disso, defendia o pensador que cumpria ao Estado se apropriar do dano causado. Como consequência, a vítima concreta não teria mais a primeira palavra, e nem sequer a última⁹⁷.

Foi assim que a pena, que no período anterior – a era de ouro - possuía um caráter eminentemente retributivo, passou, a partir da construção de uma nova teoria dogmática penal, para um modelo voltado somente para a prevenção do crime, esvaziando qualquer olhar de atenção para os prejuízos que crime ocasionou na esfera de proteção da vítima.

Nesse sentido, Hassemer aborda que, no seu entendimento, o papel da vítima não se alterou pelo desenvolvimento do Direito penal, mas pela sua *readaptação ao conceito de prevenção*. O autor faz a seguinte análise:

Um sistema penal que se orienta pela retribuição do injusto leva em conta a vítima, porque a lesão foi causada nela e por isso se trata de uma retribuição. A dimensão do dano, a intensidade da dor, o prejuízo para o futuro da vítima e seus familiares – em um Direito Penal orientado à retribuição estes são critérios importantes para a cominação de penas e para a sua aplicação no processo penal. Um Direito Penal orientado pela retribuição olha para o passado, olha para a lesão da vítima e argumenta moralmente, na medida em que compensa este mal através de um mal para o autor. Um Direito penal orientado pela prevenção, com efeito, de modo algum pode olhar para a vítima; ele olha para o futuro e questiona sobre as possibilidades de tratar este autor, de intimidar futuros autores e de fortalecer em geral a consciência social pelas normas. Ele não argumenta moralmente, mas tecnicamente de modo empírico. A lesão da vítima não é mais o fundamento da consequência jurídico-penal, mas um mero indicador para a avaliação da probabilidade de lesões futuras por parte deste autor ou de outros. Um Direito Penal orientado pela prevenção vê a vítima sob o ponto de vista da profilaxia; e se limita a advertir especialmente as vítimas de lesões (idosos, crianças e os pais, proprietários, agências bancárias, políticos) e a protegê-las em caso de necessidade.⁹⁸

O Estado se converteu, então, como o sujeito de passivo de todos os delitos. Espelhando a doutrina penalista clássica e amplamente majoritária no assunto, ensina que o titular do bem jurídico protegido pela normal penal se divide em: a) sujeito passivo formal ou constante, que é sempre o Estado, titular do interesse jurídico de punir; b) sujeito passivo material ou eventual, que é o titular do bem jurídico diretamente lesado pela conduta do agente que, em certos casos, pode ser, inclusive, também o próprio o Estado, como nos crimes contra a Administração Pública.

O sistema retributivo e repressivo apenas muda de mãos. Não só mantém os seus ares de crueldade e barbaridade, como até o intensifica mediante punições que simbolizavam o

substituição das instâncias penais por outras fórmulas de resolução de conflitos, tais ideias, nem com o maior esforço teleológico, podem ser extraídas do pensamento do segundo.

⁹⁷ CÂMARA, op. cit., p. 43-44.

⁹⁸ HASSEMER, op. cit., p. 116.

poder real. Não houve, até essa etapa histórica, o fim da utilização da vingança como mecanismo de solução do conflito, mas apenas foi alterada o seu aplicador: o que era uma vingança privada, agora se torna uma vingança publicizada e regulamentada pelo Estado. Quem ousava descumprir as leis emanadas pelo soberano estava o desafiando, e, por isso, merecia ser impiedosamente castigado e servir de símbolo para que as outras pessoas não infringissem igualmente o poder real.

Sob as luzes do pensamento iluminista, desenvolvidas principalmente por Beccaria no século XVIII, acabou-se sedimentando algumas premissas para aplicação das penas, em especial a proporcionalidade, não sendo admitido que as penas tivessem um caráter desumano ou cruel⁹⁹.

Nesse contexto, ressalta Ferrajoli que de Thomasius a Montesquieu, de Beccaria a Voltaire, de Verri a Filangieri e a Pagano, todo o pensamento iluminista se alinhou contra a brutalidade das penas praticadas pelos Tribunais de Inquisição, bem como afloraram valores garantistas de tradição acusatória, sistema que foi adotado pela Revolução Francesa, pautado na ação popular, no júri, no contraditório, na publicidade e oralidade do juízo e na livre convicção do juiz¹⁰⁰.

O iluminismo foi um movimento importante sob o prisma de avaliar o caráter retributivo e de humanização das penas, mas sedimentou o modelo de justiça neutralizador, centralizando nas mãos do Estado o *jus puniendi* e subtraindo a vítima do debate sobre a solução do conflito, relegando-a ao ostracismo¹⁰¹.

Como suporte teórico à essa concepção de justiça, Birnbaum desenvolveu, em 1984, um estudo materializado na obra “*Über das Erfordernis eines Rechtsverletzung zum Begriff des Verbrechens*”, que veio a ser denominado posteriormente como a “teoria do bem jurídico”, onde, em apertada síntese, sustenta que a missão do Direito Penal é tutelar bens jurídicos (vida, patrimônio, liberdade etc.). Ou seja, as ofensas se relacionam a bens comuns,

⁹⁹ MORAN, op. cit., p. 42.

¹⁰⁰ FERRAJOLI, op. cit., p. 454.

¹⁰¹ Ferrajoli lembra que, a partir do Iluminismo, foi muito discutido se a acusação deveria caber a um “vingador público” ou restabelecer o seu caráter popular, cabendo a um órgão público apenas funções subsidiárias ou complementares: “A primeira solução foi imposta na Europa continental: na Áustria, com a Constituição criminal teresina de 1768, que aboliu a “acusação voluntária”, e sobretudo na França, com a Constituição do ano VIII e depois com o Código de Processo de 1808 e o Ordenamento Judiciário de 1810, que instituíram o monopólio da ação penal a cargo de um “Ministério Público” de nomeação governativa, posteriormente reproduzido mais ou menos integralmente na Itália e em quase todo o continente europeu. A segunda solução, ao contrário, se afirmou nos ordenamentos anglo-saxões, que também acabaram confiando o exercício da ação penal a órgãos substancialmente públicos (o *Director of Public Prosecutions* e o *Attorney General*), ainda que concomitantemente com as formas mais ou menos residuais de ação popular. Mas em nenhum caso jamais se pôs em discussão o princípio da *publicidade da ação*, tornada desde então uma conquista pacífica de toda experiência processual contemporânea”. Ibid., p. 455.

distanciando-se da tutela de direitos subjetivos das vítimas concretamente afetadas com o crime¹⁰².

Outro teórico que foi diretamente responsável pela sedimentação da referida construção foi Feuerbach, que materializou o conceito de crime através da teoria do princípio da proteção do bem jurídico, para quem só deveria ser objeto de proteção do Direito Penal os interesses humanos, estes com o corte liberal e privatista¹⁰³.

O desenvolvimento do Direito Penal enquanto ciência encontrou seu ápice no século XIX, onde conheceu um altíssimo grau de sofisticação, com uma incomensurável produção doutrinária sobre a teoria do delito, em especial na Europa continental, com intensos debates entre a teoria causal da ação e o finalismo, discussão em que não houve um lugar para ser ocupado pela vítima¹⁰⁴.

A vítima, enquanto informante do delito, e sedenta de vingança, não poderia ser considerada relevante durante o procedimento de punição, até porque o grande sujeito ofendido com o crime era o Estado, por meio do rompimento do contrato social e desrespeito ao poder do soberano. Essa era o pensamento dominante à época.

Paralelamente ao surgimento dos estudos dogmáticos em Direito Penal, desenvolveu-se também estudos de uma nova ciência que surgia: a Criminologia. Em verdade, a doutrina não é precisa sobre o período em que nasceu da Criminologia, havendo uma intensa divergência sobre o assunto, mas havendo uma leve predileção entre os estudiosos por reconhecer ela ganhou autonomia e passou a ser reconhecida a sua cientificidade a partir da Escola Positiva, mais exatamente com a edição e “Homem delinquente”, de Cesare Lombroso, em 1876¹⁰⁵, que teve como precursor e forte influência os pensamentos filosóficos de Cesare Bonesana, o Marquês de Beccaria¹⁰⁶.

No entanto, a vítima também não tomou lugar ocupou lugar de destaque nas

¹⁰² BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. **O rendimento da teoria do bem jurídico no direito penal atual**. Revista Liberdades, v. 1, 2009.

¹⁰³ CÂMARA, op. cit., p. 51.

¹⁰⁴ OLIVEIRA, op. cit., p. 37.

¹⁰⁵ SHECAIRA, citando ZAFFARONI, pondera que entre o final da Idade Média e o início da Idade Moderna, a criminologia existia, mas de forma inorgânica, pois não possuía aporte em um corpo doutrinário ou uma teoria. Era um momento em que a criminologia possuía um caráter pré-científico, com alguns pensadores que podem ser citados como autores de obras que tangenciavam o objeto da criminologia, como Santo Agostinho, no século IV, e Jacob Sprenger e Heirich Kramer, com a obra “martelo das feiticeiras”, datado de 1487 e com diversas edições ao longos dos séculos que estabeleciam parâmetros estruturados para a maximização da ameaça criminal, com uma linguagem discursiva bélica, identificação de estudo emergencial de combate ao crime. A obra identificava o que seriam os piores inimigos criminais, como era o caso das bruxas, e possuía um teor extremamente misógino, pois classificava as mulheres como seres inferiores, que tinham menos fé e eram suscetíveis a tentação diabólica. SHECAIRA, op. cit., p. 75-76.

¹⁰⁶ Ibid., p. 76.

discussões criminológicas durante os últimos séculos, só vindo recentemente a receber atenção científica e epistemológica através dos estudos de Vitimologia¹⁰⁷.

Como expõe Oliveira¹⁰⁸, era de se esperar (apesar de não se concordar) que o Direito Penal, enquanto ciência, se desenvolvesse sem que a vítima tomasse lugar de protagonismo. É que, centrada no conceito de crime e na compreensão de seus elementos, buscando a justificação da sanção nas mais diversas teorias da pena, com foco em teorias como prevenção e retribuição, era previsível que a reconstrução jurídica do crime não sustentasse a equiparação entre a figura do ofendido e seu algoz.

Porém, a mesma situação não se pode dizer em relação à Criminologia, por se tratar de uma ciência com conteúdo essencialmente empírico. Indaga a autora: “Como é possível que uma ciência vocacionada essencialmente para a realidade fenomenológica não tenha levado em conta a vítima do crime, se esta, assim como o autor, faz parte da mesma unidade fática?”¹⁰⁹.

A própria autora traz duas possíveis explicações, apesar de reconhecer não haver como estabelecer um grau de precisão sobre *como e por que* a vítima não foi lembrada pelos estudos criminológicos nos primórdios de seu desenvolvimento¹¹⁰.

A primeira delas é de ordem política: a neutralização da vítima pode ter sido vista como um meio para fazer cessar a cadeia de violência. Sob esse olhar, uma concepção quase intuitiva, a vítima deseja vingança, ela quer o sofrimento daquela que lhe causou dor, se convertendo, conseqüentemente, em autora de outro crime após uma resposta passional.

A outra explicação possui um fundamento psicanalítico: o criminoso é uma figura que exerce um fascínio na sociedade, e acaba gerando um maior protagonismo. A vítima representa psicologicamente a figura do derrotado, é vista como o lado mais frágil do conflito. O criminoso, por sua vez, remete a uma imagem de dominância, força, agressividade. Muito embora tais imagens possam variar conforme a natureza do conflito e reconstruídas ou desmentidas de acordo com a realidade, acabam por, em linhas gerais, acarretar uma repulsa inconsciente à identificação com a vítima¹¹¹.

¹⁰⁷ Como anota CÂMARA, os poucos trabalhos destinados à vítima na criminologia têm uma importância absolutamente questionável. Ela foi completamente esquecida pela Escola Clássica e estudada de forma apenas episódica pela Escola Positiva, atestando uma análise etiológica unidirecional voltada apenas para a pessoa do delinquente. CÂMARA, op. cit., p. 58.

¹⁰⁸ OLIVEIRA, op. cit., p.54-55.

¹⁰⁹ Ibid., p. 55.

¹¹⁰ Ibid., p. 55.

¹¹¹ No mesmo sentido, CÂMARA aponta que: “Ainda há que se incluir um outro componente para a sublinhada *volatilização* da vítima do discurso punitivo, este de tonalidade psicológica: as pessoas tendem a identificarem-se menos com a vítima (vista muitas vezes como perdedora), do que com o delinquente. No muitas das vezes romantizando papel de figura transgressora da paz o delinquente (desviante, para empregar uma terminologia de raiz sociológica) revela certa predestinação a destacar-se na psique e na recordação coletivas de modo muito mais

2.3 A ascensão do movimento vitimológico

Um novo panorama para o lugar ofendido no sistema de justiça criminal só ocorreu no século XX, tendo como marco histórico a Segunda Guerra Mundial, quando eclodiram diversos estudos em prol da tutela das vítimas penais e a imprescindibilidade do seu reconhecimento enquanto figura de essencial participação na solução do conflito. Nesse contexto, desenvolveu-se o direito internacional humanitário e, conseqüentemente, a edição de diversos tratados relativos a direitos humanos que incluíam a vítima enquanto sujeito de direitos¹¹².

O holocausto e a indignação mundial com a macrovitimização dos judeus pelos nazistas pós Segunda Guerra impôs, naquele momento da humanidade, a necessidade de lançar um novo olhar mais sensível sobre a vítima, que exigia uma valorização em relação à sua posição anterior de crescente neutralidade.

O grande sofrimento gerado e as milhares de vidas ceifadas pela Segunda Guerra Mundial causaram um sentimento de consternação generalizado, o que foi impulsionado pela exposição mundial dos campos de concentração, das câmaras de gás, das torturas, de toda a degradação humana, no seu mais alto grau, provocada pelos alemães à comunidade judaica. Gerou-se um consenso de solidariedade mundial, de sorte que a humanidade não poderia mais admitir que a história um dia voltasse novamente a repetir acontecimentos semelhantes¹¹³.

Inobstante não podermos ligar o fenômeno da rediscussão sobre direito das vítimas a nenhum fator histórico isolado ou exclusivo, parece haver uma concordância na doutrina de que o holocausto foi a mais contundente mola impulsora para esse debate.

Foi um momento em que se solidificou a necessidade de construir uma dogmática jurídica que tutelasse, de forma mínima, todas as pessoas em qualquer lugar do planeta. Foi

marcante do que as vítimas de seus crimes. Estas, por sua vez, definham nos arcanos da memória, na dogmática e até na literatura. Torquemada, Dillinger, Capone, Barbie e Mengele, dentre outros, têm em comum – para além dos incontáveis crimes –, o fato de seus nomes encontrarem-se gravados de modo indelével não apenas nos registros e nos anais da história, mas na própria realidade cultural que impregna a nossa concepção do mundo (*Weltaaschaung*). Suas vítimas, individuais ou coletivas: *repousam em absoluto anonimato*”. CÂMARA, op. cit., p. 49.

¹¹² MAZZUTI, Vanessa de Biassio. **Vitimologia e Direitos Humanos**. O processo penal sob a perspectiva da vítima. Curitiba: Juruá, 2012, p. 80.

¹¹³ Conforme nos lembra Oliveira, o próprio preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos do Homem registra que o documento tem por fundamento “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 todos 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”. OLIVEIRA, op. cit., p. 64.

nesse campo fértil que se cristalizou uma disciplina jurídica, mas que ainda hoje busca o seu adequado espaço entre os demais ramos: os Direitos Humanos.¹¹⁴

Habermas¹¹⁵ cita também o movimento feminista, a partir da Carta Feminista de 1977, como outro importante marco histórico da imprescindibilidade de serem reconhecidos direitos às vítimas penais. O feminismo sustentou que a obtenção de direitos formais estaria necessariamente relacionada a políticas especiais de proteção a serem implementadas pelo Estado Social. Buscou-se, assim, incluir os afetados nas discussões de políticas públicas.¹¹⁶

Aos estudos que se concentraram, principalmente pós Segunda Guerra Mundial, sobre a vítima inserida no contexto do crime, deu-se o nome de Vitimologia. Não existe, porém, um consenso na doutrina acerca do exato momento histórico do seu surgimento.

Shecaira¹¹⁷ aponta o advogado israelita e professor da Universidade Israelita de Jerusalém, Benjamin Mendelsohn, como fundador do movimento vitimológico, ao proferir, em 1947, na cidade de Bucareste, a conferência intitulada “Um horizonte novo na ciência biopsicossocial: a Vitimologia; destacando ainda Hans Von Hentig que, em 1948, publicou o livro *O criminoso e sua vítima* na Universidade de Yale.

Além desses, Antonio Garcia-Pablos de Molina menciona o desenvolvimento, no campo da psicologia social, dos estudos experimentais de Latané e Darley, na década de 70, relacionados à dinâmica da intervenção dos espectadores nas emergências e os estudos de

¹¹⁴ Nas palavras de Cançado Trindade na apresentação que faz à clássica obra de Flavia Piovesan, “Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional”, o jurista enaltece: “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 *ordre 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 têm 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”. Ibid., p. 65.

¹¹⁵ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre a facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 162-163.

¹¹⁶ No cenário nacional, um conhecidíssimo caso ocorrido no Brasil ilustra bem a importância do movimento feminista para tutelar o direito das vítimas penais. Trata-se do assassinato da socialite Ângela Diniz pelo empresário conhecido como Doca Street. A vítima foi alvejada em uma casa de praia, na cidade de Búzios/RJ, em 30 de dezembro de 1976, após um ataque de ciúmes do assassino. Levado a julgamento, em 18 de outubro de 1979, a defesa do empresário, capitaneada pelo consagrado jurista Evandro Lins e Silva, concentrou sua defesa na figura da vítima, atingindo incansavelmente a sua moral e reputação, que justificariam a tese de que Doca, ao matá-la, estava defendendo sua honra. Doca foi ovacionado pelo público no julgamento, sendo condenado a apenas dois anos de reclusão e beneficiado com a suspensão condicional do processo. O julgamento foi anulado e, em novembro de 1981, Doca foi novamente julgado. Entre os anos de 1979 se fortaleceu, aqui no Brasil, o movimento feminista, surgindo inclusive um slogan de campanha “quem ama não mata”. O ativismo feminista gerou um forte efeito nos jurados, de sorte que, no segundo julgamento, a atmosfera foi completamente diferente. Já não se percebia qualquer idolatria do público por Doca Street. O novo júri acabou o condenando a uma pena de 15 anos de reclusão. **Praia dos Ossos**. [Apresentação e idealização de]: Branca Vianna. [S.I.]. Radio Novelo. Podcast. Disponível em: <https://www.radionovelo.com.br/praiadosossos>. Acesso em: 4 out. 22.

¹¹⁷ SHECAIRA, op. cit., p.55.

psicólogos sociais sobre atitudes de assistência (ou de abandono) das vítimas¹¹⁸.

Outros marcos históricos são importantíssimos para que se compreenda o desenvolvimento dos estudos dos direitos das vítimas: em 1979 foi criada a Sociedade Mundial de Vitimologia, e em 28 de julho de 1984, fundada no Rio de Janeiro a Sociedade Brasileira de Vitimologia e, finalmente, em 29 de novembro de 1985, na Assembleia Geral da ONU, foi aprovada a Declaração dos Princípios Básicos de Justiça para as Vítimas de Delito e de Abuso de Poder, mesmo ano em que a Sociedade Mundial de Vitimologia foi credenciada como órgão consultivo¹¹⁹.

Note-se, entretanto, que o movimento vitimológico teve o importante papel em chamar a atenção para a necessidade de estudar a vítima e sua contribuição para gênese do delito, mas não necessariamente podemos dizer que foi uma ciência que se imiscuiu na missão exclusiva de valorizar os direitos das vítimas. Pelo contrário, as teorias vitimológicas primárias e as clássicas classificações doutrinárias das vítimas ensejavam uma verdadeira imagem culpabilizada daquela, o que foi, inclusive, um grande estopim para eclosão do movimento feminista.

Nesse contexto, há de se fazer uma distinção entre Vitimologia, uma ciência criminal com aspiração de autonomia, e a vitimodogmática, que projeta seus esforços na teoria do delito. Ambas serão úteis no decorrer deste trabalho, mas cumpre esclarecer que se trata de realidades diversas. A Vitimologia, enlaçada à criminologia, traz como ideia a necessidade de amparar e proteger a quem foi vitimizado por um ato ilícito, que deve ocorrer tanto no plano nacional, como também para as vítimas de conflitos internacionais, buscando superar o fato de que ela foi historicamente uma convidada de pedra no processo penal. Posteriormente, o mesmo termo – Vitimologia – também passou a ser designado para o estudo da vítima e sua personalidade, sob os aspectos biológico, psicológico e social, à sua proteção jurídica e social, seus meios de vitimização, sua relação com o agente vitimário e demais aspectos interdisciplinares e comparativos. Ao passo que a Vitimologia busca socorrer, em regra, a vítima, a vitimodogmática, ciência relacionada à teoria do delito, socorre ao autor do fato, analisando como o comportamento da vítima deve influir na graduação da responsabilidade do autor do acusado¹²⁰.

A Vitimologia teve o mérito de reconhecer na vítima um sujeito ativo na dinâmica

¹¹⁸ OLIVEIRA, op. cit., p. 66.

¹¹⁹ PEDRA JORGE, op. cit., p. 33.

¹²⁰ OLIVEIRA NETO, Emetério Silva de. **Legislação penal e teoria da vitimologia**. 2. ed. Floarianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 27-32.

do crime, capaz de influir significativamente no próprio fato delitivo, e não apenas como um mero objeto de prova durante o processo.

Outros fatores históricos também são fatores que são levados em consideração, como o aumento da criminalidade nos centros urbanos e a ameaça constante de uma guerra nuclear, elementos que melhor podem ser considerados à vista do conceito de *sociedade de risco* cunhado por Ulrich Beck¹²¹.

Segundo Garland¹²², já no período pós Segunda Guerra mundial foi possível perceber uma crescente nas taxas de criminalidade no Estados Unidos, Grã-Bretanha e na maioria das sociedades ocidentais. Após a metade dos anos 1960, os níveis de crimes violentos já alcançavam o dobro, e os de crimes contra o patrimônio chegavam ao triplo do que ocorria antes da guerra. Esses números passaram a fazer parte da normalidade da experiência social. Até os anos 1970, cultivava-se um sentimento que as altas nas taxas de criminalidade se referiam a uma aberração temporária. Paralelamente, notou-se uma série de fenômenos relacionados ao crime, como medo, comportamentos rotineiros de cautela, representações culturais e midiáticas popularizadas, além de uma generalizada “consciência do crime”. Nesse ínterim, chegados os anos 1990, a taxa de criminalidade atingiu o décuplo de quarenta anos antes.

A alta criminalidade e as suas conseqüentes reações passaram a fazer parte do princípio organizacional da vida do cidadão, ou seja: um fato social normal. Em que pese o fim dos anos 1990 ter presenciado uma sensível redução nos indicadores do crime nos Estados Unidos, o princípio organizacional e o medo permaneceram como fatores cotidianos. Muito embora a criminalidade possua uma distribuição social bastante desigual¹²³, pois a camada mais

¹²¹ Com fundamento na teoria de Ulrich Beck, Bosco resume a sociedade de risco da seguinte maneira: “De modo geral, a sociedade de risco designa uma fase no desenvolvimento da sociedade moderna, na qual os sucessos da modernização industrial passam a gerar efeitos colaterais imprevisíveis, diagnosticados como causa de danos e destruições (ambientais, econômicos, políticos e individuais) e, num segundo momento, como riscos cientificamente projetados e social, econômica e politicamente percebidos e geridos. Entende-se com isso que a modernização finalmente produz conseqüências que tendem a escapar dos mecanismos de controle e proteção institucional da sociedade industrial”. BOSCO, Estevão. **Sociedade de risco: introdução à sociologia cosmopolita de Ulrich Beck**. São Paulo: Annablume Editora, 2016, p. 181.

¹²² GALAND, David. **A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea**. Tradução de André Nascimento. Rio de Janeiro: Reavan, 2008.

¹²³ Sobre o tema, similares são as conclusões de Humberto Barrionuevo Fabretti: “Entretanto, não obstante a tese de Beck sobre a globalização dos riscos e a universalização dos perigos, no que se refere à questão da (in) segurança pública (ou do risco de vitimização), nunca houve uma “universalização” dos riscos, pois esses continuam a ser divididos nos exatos termos da sociedade de classes. Assim, apesar de as altas taxas de criminalidade serem um “fator social normal”, os riscos daí advindos continuam a ser distribuídos de forma bastante desigual, concentrados, principalmente, nos bairros mais pobres das grandes cidades. Continua a valer a máxima de que quanto maior a classe social (e, conseqüentemente, o poder econômico), menor a probabilidade de vitimização”. FABRETTI, Humberto Barrionuevo. **Segurança pública: fundamentos para uma abordagem constitucional**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 30.

pobre da população acaba experimentando um grau bem mais acentuado de risco de vitimização, o fato é que o crime passou não mais a ser visto mais como uma anomalia, uma aberração¹²⁴.

Se, no nascimento da criminologia, a vítima não teve um lugar reservado, sendo que uma das hipóteses para isso ter acontecido, conforme já apontado, foi, sob o aspecto psicológico, a falta de identificação da sociedade com o ofendido, visto como a parte fracassada, perdedora do conflito na qual estava inserida, a situação muda de figura a partir desse novo panorama. Nos deparamos com uma macro criminalidade, associada umbilicalmente ao conceito de sociedade de risco, o que acabou por influenciar positivamente na ideia de um olhar mais solidário ao papel da vítima na persecução criminal.

Por certo, a empatia com a vítima cresce na mesma medida em que o crime não é visto mais somente como um problema do outro, mas de todos os integrantes da sociedade. A globalização, com o crescimento dos centros urbanos e catalisador das desigualdades sociais, criou uma atmosfera propícia para o crescimento da criminalidade, que deixou de ser um fenômeno isolado entre eventuais envolvidos para ser algo que está muito perto de toda a comunidade. Essa nova feição cria, logicamente, um sentimento de solidariedade, pois eu posso ser a futura vítima e, se isso ocorrer, eu também quero ter meus direitos tutelados de forma digna.

Com efeito, uma das principais características da sociedade moderna é o progresso tecnológico e científico, avanços que, não raras vezes, vêm acompanhadas paradoxalmente por riscos e perigos para a civilização. Como adverte Zygmunt Bauman, vivemos a era do medo e da incerteza, sentimentos conhecidos de todas as criaturas vivas, e que não sabemos onde ele pode nos levar¹²⁵.

Enquanto as criminologias tradicionais costumavam enxergar o crime sob a perspectiva individual, de modo a isolar-lhe o ato ilícito e atribuir-lhe a sanção penal, as criminologias cotidianas tendem a ver o crime prospectivamente e em termos agregados, para o fim de calcular os riscos e estabelecer medidas preventivas. Tal abordagem surge no contexto das altas taxas de criminalidade como um fato normal e representa a confiança do Estado na sua própria credibilidade como instrumento capaz de conter o crime, razão pela qual muitas das prescrições práticas advindas desse paradigma criminológico se destinam não às agências do Estado, como a polícia, os tribunais, as prisões, mas para além do aparato meramente estatal,

¹²⁴ GALAND, op. cit., p. 244.

¹²⁵ LOPEZ, Teresa Ancona. **Responsabilidade civil na sociedade de risco**. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. Valencia: Tirant lo blanch, 2001, p.1.

para as organizações, instituições e indivíduos da sociedade civil¹²⁶.

A própria teoria do bem jurídico passou a ser revisitada e a ser tratada também de forma crítica e com propostas mais inclusivas. Nesse contexto, Câmara aponta as lições de Albin Esser, um dos maiores estudiosos sobre o tema, o qual trouxe uma definição mais recente de bem jurídico “como bem ou valor merecedor da máxima proteção jurídica, cuja outorga é reservada às prescrições de Direito Penal”.¹²⁷ Em uma análise minuciosa, a vítima teria sido “vítima da dogmática da teoria do delito”.

O autor aduz que a concepção tradicionalmente construída da teoria do crime, embora aponte aspectos positivos, veio provocar uma marginalização da vítima individual e uma concepção unilateral da pena orientada para o Estado.¹²⁸ Acrescenta Câmara:

No plano histórico, como bem se sabe, o papel da vítima em face da perspectiva conceitual do delito já na fundamentação jusnaturalista do Direito penal mentada por John Locke tendia a comparecer de modo bastante tênue. Com Birnbaum, dá-se um passo decisivo para a determinação de um conceito material do delito penetrado de uma concepção liberal-individualista e positiva, tendo vindo de forma precursora a estabelecer, no âmbito da dogmática penal, o conceito de “bens” (como vida, patrimônio, liberdade etc.), a figurarem como *objeto* de tutela da norma, em lugar da noção ou ideia de lesão do *direito subjetivo* (de modo que, a lume desta concepção, não é possível falar-se em ameaça ou lesão a direitos subjetivos, mas, tão-somente, em lesão ao específico objeto sobre o qual incide o direito subjetivo), onde é factível desvelar – forte na necessidade de demonstração do reconhecimento de uma utilidade ou de um valor social – um novo conceito de lesão, arredado do paradigma precedente (mentado por Feuerbach), um modelo projetado como “realidade do mundo exterior” e enunciado “à margem da intersubjectividade). Pois, por um lado, é possível referenciar o *bem* (jurídico) e propô-lo à tutela jurídico-penal sem consideração expressa da relação com o respectivo titular ou portador. Por outro e completamente, é possível identificar a sua lesão independentemente da atitude e da postura do mesmo titular.¹²⁹

Como caminho, Esser sugeriu a adoção de um conceito dual, (institucional-individual) de bem jurídico, que abarcaria tanto o interesse coletivo quanto o individual. O autor entende ser de grande importância para o conceito de pena, pois tal perspectiva poderia explicar com facilidade a reparação como parte da sanção, pois uma vez admitido que o injusto deve ser compreendido de maneira dual – lesão geral ao Direito e lesão individual -, da mesma forma a sanção também reclamaria a satisfação das obrigações estatais gerais e a reparação do dano à vítima individual.¹³⁰

Também na contramão do entendimento então dominante, há de se destacar a compreensão de Von Litz, que mostrou um caminho que acalentava para uma atenção às

¹²⁶ FABRETTI, op. cit., p. 39.

¹²⁷ CÂMARA, op. cit., p. 52.

¹²⁸ CÂMARA, op. cit., p. 52.

¹²⁹ Ibid., p. 53-54.

¹³⁰ Ibid., p. 56.

vítimas de crimes. Para o autor, a existência humana representava um bem jurídico, de sorte que os bens jurídicos não são bens do *Direito*, mas do *ser humano*. Destarte, para o teórico, o bem jurídico havia de ser encontrado no espaço de tensão das relações interpessoais, ou seja, no espaço das relações sociais, que é o que daria vida e sentido aos interessados.¹³¹

Com efeito, precisas são as lições de Câmara quando afirma que a teoria do bem jurídico foi uma construção dogmática e de teor político-criminal que teve seus aspectos positivos e que não podemos ignorar sua densidade axiológica. Em realidade, tem-se afirmado, e com inteiro acerto, que a elaboração intelectual do bem jurídico importa em uma imprescindível valoração acerca da necessidade de proteção de determinados bens da vida, sobre cumprir uma função de garantia dos indivíduos, ao mesmo tempo que se pondera para a “necessidade da construção de uma política criminal menos emotiva e simultaneamente apta a expungir do universo da tutela penal situações que não se reportem à proteção de bens jurídicos”¹³².

A partir de toda essa conjunção de fatores históricos e soluções dogmáticas, que foram se desenvolvendo em momentos diversos, foi nascendo uma necessidade de se alertar para o papel da vítima no processo penal. Era preciso enxergá-la como sujeito de direitos, e não um mero objeto de prova do processo ou informante do delito, pois, caso contrário, estaríamos negando-lhe o gozo dos seus direitos humanos, que surgem com o intuito de fruição universal. Parte-se para uma visão de que um processo penal justo também deve atender aos interesses das vítimas, sob pena de excluir da solução do conflito o seu personagem central.

Essa etapa histórica também é chamada por muitos autores como “movimento vitimológico”¹³³, pois permite uma abordagem mais ampla do espaço ocupado pela vítima.

A Declaração dos Princípios Básicos de Justiça para as Vítimas de Delitos e de Abuso de Poder (Resolução nº 40/34 de 29 de novembro de 1985) foi pioneira ao tratar, a nível universal, de normas relacionadas exclusivamente à tutela dos direitos das vítimas.

Outros diplomas normativos internacionais se seguiram à Resolução nº 40/34 de 29 de novembro de 1985, como a Resolução nº 1989/57, do Conselho Econômico e Social (Aplicação da Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder), a Resolução nº 1990/22, do Conselho Econômico e Social (Vítimas de Criminalidade e de Abuso de Poder), a Resolução do 8º Congresso das Nações Unidas para Prevenção do Crime, Tratamento dos Delinquentes, realizado de 27/08 a

¹³¹ Ibid., p. 55.

¹³² Ibid., p. 59.

¹³³ OLIVEIRA, op. cit., p. 59.

07/09/1990.

Já na Europa, podemos destacar também uma sequência de normas que contribuíram para o fortalecimento dos direitos das vítimas, como a Resolução nº 77 (27), de 28/09/1977, que versa sobre a indenização às vítimas de infrações criminais; a Convenção Europeia Relativa à Indenização de Vítimas de Infrações Violentas, de 24/11/1983; a Recomendação nº 85 (11), de 26/06/1985, que trata sobre a posição da vítima no ordenamento penal e processual penal; a Recomendação R(87)21, de 17/09/1987, que trata sobre a assistência às vítimas de crime e prevenção da vitimização; a Decisão-quadro do Conselho da União Europeia Relativo ao Estatuto da Vítima em Processo Penal, de 15/03/2001; o Estatuto de Roma, de 18/07/1998; a Diretiva Relativa à Indenização das Vítimas Criminais (Diretiva nº 2004/80/CE), de 29/04/2004, entre outras.

Como bem aponta Rodrigues¹³⁴, nas Américas não existe um documento específico em âmbito continental sobre direito das vítimas, mas a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, especialmente através dos artigos 8º, alínea 1¹³⁵ e 25¹³⁶, da Convenção Americana de Direitos Humanos, são frequentemente interpretados em prol das vítimas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Confira-se:

A partir dessa normatização internacional, se proliferaram, em especial no ocidente, diversas legislações nacionais direcionadas à proteção dos direitos das vítimas, sendo a Alemanha hoje um grande paradigma sobre legislação protetiva às vítimas, e que vem causando influências dentro e fora da Europa.

Na Alemanha, o contexto pós Segunda Guerra Mundial alertou para necessidade de se reforçar a tutela das vítimas criminais, o que ocasionou a promulgação em 1976 da Lei de Reparação das Vítimas de Crimes Violentos – *Opferentschädigungsgesetz – Gesetz über die Entschädigung für Opfer von Gewalttaten*, além da Lei para a Proteção de Testemunhas e para

¹³⁴ RODRIGUES, op. cit., p. 48.

¹³⁵ Artigo 8. Garantias judiciais 1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

¹³⁶ Artigo 25. Proteção judicial

1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.

2. Os Estados Partes comprometem-se:

a. a assegurar que a autoridade competente prevista pelo sistema legal do Estado decida sobre os direitos de toda pessoa que interpuser tal recurso;

b. a desenvolver as possibilidades de recurso judicial; e

c. a assegurar o cumprimento, pelas autoridades competentes, de toda decisão em que se tenha considerado procedente o recurso.

a Melhora da Proteção da Vítima, de 1998, e a Lei para a Melhora dos Direitos dos Ofendidos no Processo penal, de 2004¹³⁷.

Assim, a inclusão da vítima no processo penal sob um viés mais humanitário tem resultado no reconhecimento de diversos direitos que lhe são inerentes enquanto ser humano em situação de vulnerabilidade, como direito de falar e ser ouvida, influir na construção da prova, ter sua dignidade, intimidade e vida privada respeitadas, ter sua segurança preservada, ser ressarcida material e moralmente, não ser submetida a constrangimentos durante a persecução penal, dentre diversos outros.

A tutela do direito das vítimas, a partir da etapa de redescobrimento, não é uma fase pronta e acabada, ou seja, não podemos afirmar, sob pena de incorrer em gravíssima negligência, que, a partir de então, as vítimas já possuem seus direitos atendidos e preservados pelo Estado. É tão somente uma caminhada que, em alguns países, andam a passos mais largos, como Alemanha, Canadá, Estados Unidos, Reino Unido, Austrália, Nova Zelândia, Suíça, e outros a passos mais lentos, como é o caso do Brasil, onde não se reconhece que as vítimas de crimes são tuteladas de forma suficiente.

O Código de Processo Penal brasileiro adentrou no ordenamento jurídico através do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Remonta, dessa forma, à segunda fase de evolução do papel da vítima no estudo criminológico, a da neutralização. Ainda possui resquícios inquisitoriais, fruto da conjuntura na qual foi produzido, sendo, assim, um diploma adjetivo que não voltou suas atenções à vítima do delito, pois se entedia que seu papel era insignificante dentro do conflito.

Após o advento da Constituição Federal de 1988, o Código de Processo Penal acabou por ser recepcionado com status de lei ordinária, mas teve que se readequar, recebendo uma leitura constitucional de seus dispositivos. Dentro desse contexto, foi essencial avançar na tutela à vítima penal, o que vem acontecendo paulatinamente através de reformas e inovações legislativas, porém bastante aquém para o que se espera de um Estado Democrático de Direito que enxerga na vítima um sujeito titular de direitos fundamentais.

Sem prejuízo dessa abordagem prefacial para contextualizar o tema no cenário nacional e internacional, voltaremos a estudar o assunto no capítulo 3, onde a pesquisa irá realizar uma abordagem minuciosa acerca do atual estágio de proteção das vítimas penais no contexto dos direitos humanos e fundamentais.

Independentemente da etapa evolutiva em que se encontrem os Estados nacionais,

¹³⁷ RODRIGUES, op. cit., 49.

o que se observa, a partir da etapa de redescobrimto, é a superação do modelo anterior, que neutralizou e excluiu a vítima completamente da solução do conflito. O movimento de luta, ainda inacabado e em progressivos avanços, é a marca de uma nova era em que se revela necessária a preocupação com os direitos das vítimas, essencial para a existência de um processo penal humanizado.

Câmara sugere que esse período seja denominado através da expressão *moderna perspectivação da vítima*, o que significaria uma noção de esperança e expectativa de integração político-criminal, sem renunciar a reminiscências históricas¹³⁸. Explica o autor:

Redescobrir significa um movimento de retorno e, como já se asseverou com exatidão, a vítima que constitui atualmente objeto de investigação e que se insere de modo cada vez mais pronunciado no *multiversum* penal – não carrega os mesmos traços e as mesmas marcas das eras mais priscas. À ideia de vítima foram agregados valores que lhe conferem uma fisionomia diversa do seu ancestral cultural, *ad exemplum*, o atributo da *dignidade da pessoa humana* esculpido nos textos fundamentais das nações civilizadas ou em processo de consolidação civilizacional; daí que poderia a terminologia ora censurada acarretar a ideia equivocada de que se estaria, quiçá, a pretender um retorno ao passado, estremando-se todos os ganhos e aquisições conceituais conquistados na lavra dos séculos; de outro lado, antigas descobertas necessitariam ser novamente descobertas, com todos os riscos de incidir-se em uma nova *reinvenção da roda*.¹³⁹

No mesmo sentido, Oliveira que, conforme já mencionado alhures, tem suas reservas à denominação *idade de ouro*, também critica a opção da doutrina tradicional em denominar o período histórico que estamos tratando neste tópico com *redescobrimto*, sugerindo que os denominemos como *movimento vitimológico*, pois introduziria a ideia de Vitimologia sem esgotar-se nela, e sem incorrer numa interpretação equivocada que resulte em uma remissão indevida ao passado ou exagerada relevância ao presente¹⁴⁰.

Para a autora, o termo *redescobrimto* transmite a ideia equivocada de um movimento para trás, de um descobrimto de um mesmo objeto. A vítima que hoje desponta no Direito Penal não é a mesma vítima da história distante, pois a ela foram agregados novos atributos integrativos, como a “dignidade da pessoa humana”, no contexto de um Estado Democrático de Direito. Também não se reclamam hoje a aplicação de medidas e o retorno do sistema de justiça que era aplicado na *idade de ouro* para a solução dos conflitos.¹⁴¹

Já Pedra Jorge prefere batizar esta nova etapa de tutela de direito das vítimas como “movimento de defesa dos Direitos Humanos”. Para a autora, a intenção de trazer a vítima para

¹³⁸ CÂMARA, op. cit., p. 61.

¹³⁹ Ibid., p. 60-61.

¹⁴⁰ OLIVEIRA, op. cit., p. 59.

¹⁴¹ Ibid., p. 58-59.

participar do sistema de justiça criminal e lhe conceder voz não significa que vá prejudicar outros direitos, como os dos acusados, por exemplo. Não se trata de uma substituição de interesses¹⁴². Para este trabalho, é a denominação que entendemos ser a mais adequada e que reflete, de forma cirúrgica, o atual estágio de defesa das vítimas sob um aspecto global.

Na mesma direção aponta Moran, que enfatiza a característica da indivisibilidade dos direitos humanos para negar que a tutela dos direitos das vítimas signifique uma negativa dos direitos já conquistados pelos acusados no processo penal. Urge compatibilizar esses direitos por meio de uma dialética não simplista do Estado opressor contra o indivíduo oprimido, bem como se reconhecer que não se pode tolerar em um Estado de Direito a discriminação ou tratamentos desiguais¹⁴³.

A abordagem sobre o atual estado da arte pertinente à tutela dos direitos das vítimas foi abordada neste tópico de maneira propositadamente superficial, pois nos próximos capítulos iremos abordar, de forma pormenorizada, em que órbita se encontra a proteção da vítima na ordem jurídica nacional e internacional, explorando os principais aspectos pertinentes aos direitos fundamentais e humanos, bem como as principais questões emergentes a partir do movimento vitimológico.

¹⁴² PEDRA JORGE, op cit.

¹⁴³ MORAN, op. cit.

3 ANÁLISE VITIMOLÓGICA DOS PROCESSOS DE VITIMIZAÇÃO

O primeiro passo para o estudo de um novo olhar para a vítima em nosso ordenamento jurídico passa por compreender o nascimento da Vitimologia, ciência já mencionada no capítulo anterior de forma concisa quando estudamos o movimento vitimológico, ou seja, a fase de reconstrução da identidade da vítima no sistema de justiça criminal.

No entanto, cumpre-nos, para que não nos afastemos do objetivo central deste trabalho científico, fazer uma breve introdução à Vitimologia, tão apenas com o objetivo de alinhar as contribuições dessa ciência o tema de nossa pesquisa.

Alinhada com a compreensão da ciência vitimológica e dos processos de vitimização, constitui premissa essencial delimitar o nosso estudo científico. Para isso, iremos trabalhar as variadas compreensões de vítima criminal e definir qual é o objeto do nosso estudo, ocasião em que, firmada essa base, estaremos aptos a avançar para o estudo dos processos de vitimização.

3.1. Raízes teóricas da Vitimologia

O olhar para a vítima criminal não foi a tônica dos tradicionais estudos vitimológicos, especialmente na fase embrionária da ciência, muito embora já se observasse uma crescente atenção para a participação da vítima no cenário criminoso. Segundo Piedade Junior, já durante a Escola Positiva da Criminologia, a figura da vítima e o seu reconhecimento como parte integrante do fenômeno criminal já encontravam eco nas discussões criminológicas.¹⁴⁴ Assim como Lombroso, seu discípulo Ferri já advertia sobre a necessidade de promoção da facilitação da reparação do dano à vítima, nos seguintes termos:

a) substituto da prisão; [...] b) aplicando o trabalho do sentenciado ao pagamento; c) como pena para delitos menores; d) como obrigação do infrator perante a parte prejudicada; e) como função social do encargo do estado.¹⁴⁵

Em seguida, Garofalo, terceiro expoente da Escola Positiva da Criminologia, também lança discussão sobre questões relacionadas às vítimas em sua obra *“Indemnización a las víctimas del delito”*, onde defendia um olhar diferenciado às vítimas da criminalidade,

¹⁴⁴ PIEDADE JUNIOR, Heitor. **Vitimologia**. Evolução no tempo e no espaço. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1993, p. 60.

¹⁴⁵ MAZANERA, 2004, p. 70, apud MORAN, op cit., p. 105.

sustentando que estas deveriam ser “detentoras de maiores simpatias que a classe dos delinquentes, que parece ser a única com a qual os atuais legisladores se preocupam”.¹⁴⁶

A doutrina costuma citar como pioneiros da Vitimologia Hans Von Heting, alemão expulso de sua terra natal nos tempos do nazismo e residente nos Estados Unidos até a sua morte, em 1974, e Benjamin Mendelsohn, professor israelita. Ambos protagonizam uma polêmica sobre quem seria o pioneiro no tema, apesar de haver uma corrente minoritária que atribua o feito ao psiquiatra americano Frederick Wertham. Entretanto, importa destacar que, a partir da década de 1940, temos claro que o termo *Vitimologia* foi categoricamente cunhado, sendo o estopim para que uma série de obras relacionadas ao assunto passassem a ser veiculadas.¹⁴⁷

Heting, de forma embrionária, tratou sobre o tema em 1941, através de um trabalho publicado como *Remakes on the interaction of perpetrator and victim*, em que propunha uma concepção dinâmica e interacionista da vítima, vista não só como um sujeito passivo do crime, mas um sujeito ativo que contribui na gênese e na execução do crime. Porém, sua obra mais emblemática foi publicada em 1948, e foi denominada “O criminoso e sua vítima”, onde desenvolveu a relação criminoso/vítima, traçou a tipologia das vítimas criminais e afirmou ser a vítima um elemento decisivo na realização do crime que, conscientemente ou não, coopera, conspira ou provoca a ocorrência do delito¹⁴⁸.

Noutro giro, em 1946, Mendelsohn publicou sua obra denominada *Vitimologia* e apresentou essa expressão em conferência realizada no Hospital Coltzea de Bucarest, em 1947. Sua doutrina era pautada na responsabilidade da vítima pelo fenômeno criminoso através da classificação dos tipos de vítima, estabelecendo uma espécie de determinismo inconsciente, que permitia a fixação de diversos níveis de culpa para a vítima.

Mendelsohn define Vitimologia como sendo a “ciência sobre as vítimas e a vitimização”, sustentado que devem ser abrangidas no seu conceito tanto a vítima de fatores endógenos como de fatores exógenos, e que o conceito de vitimização é muito mais geral que o conceito de criminalidade, utilizando o termo de “Vitimologia Geral”. Em suma, a Vitimologia, para o autor, é tão útil para a vítima como para o acusado, que poderia ser total ou parcialmente inocente.¹⁴⁹

¹⁴⁶ MORAN, op. cit., p. 106.

¹⁴⁷ OLIVEIRA, op. cit., p. 67-68.

¹⁴⁸ Ibid., p. 69.

¹⁴⁹ PIEDADE JUNIOR, op. cit., p. 80.

Percebe-se claramente que, em seu berço, a Vitimologia, inobstante tenha trazido a vítima para o centro das discussões jurídico-criminais, cenário antes que era ocupado quase que exclusivamente pelo acusado, não possuía, na origem, uma gênese voltada para a tutela das vítimas. Os estudos que surgiram inicialmente visavam analisar o comportamento da vítima como forma de excluir ou amenizar a responsabilidade do agressor, e não para protegê-la como sujeito de direitos.

Ainda assim, mesmo através da referida perspectiva, foi inegável a contribuição prestada pela Vitimologia, pois lançou luzes em um ambiente que até então ofuscava a vítima criminal, como também ousou romper com um maniqueísmo onde de um lado havia sempre um agressor impiedoso e, do outro, uma vítima pura e inocente.

Entretanto, conforme aponta Câmara, o excesso dessa visão distorcida acabou acendendo a fúria da indignação de alguns segmentos sociais, sobretudo quando do surgimento do movimento feminista. A Vitimologia tradicional não se encontra imune a crítica, pois, de acordo com o referido autor, se destina por desenvolver “a) a análise individualista das relações entre a vítima e o delinquente; b) uma tendência a considerar a vítima como a responsável pelo crime; c) uma forte inclinação a concentrar-se no delito comum”.¹⁵⁰

Mendelsohn definiu vítima como sendo a “ciência sobre as vítimas e a vitimização”.¹⁵¹ Trata-se de um conceito comum que costuma ser atribuído à Vitimologia. Porém, com acerto, Oliveira adverte: “dizer que ‘Vitimologia’ é o estudo científico da vítima” é dizer pouco, porque o conceito de vítima – conceito que vai traçar seus limites – fica em aberto como por não clarificar seu *status* na árvore das ciências, e é dizer muito, porque lhe reconhece a existência como campo científico delimitado.¹⁵²

A esse respeito, muito se discute sobre a autonomia da Vitimologia enquanto ciência. Conforme acima apontado, os estudos de Mendelson se direcionaram nesse sentido, muito embora, atualmente, esse entendimento seja minoritário. Para Câmara, que defende a ausência de autonomia científica, não há que se faltar em Vitimologia sem Criminologia e vice-versa, de forma que ambas as ciências se encontram firmemente entrelaçadas. Aduz o autor:

Que reste bem claro: a nosso juízo não apenas não se pode falar de uma Vitimologia portadora de estatuto autonomizado dos arraiais da criminologia, como se não pode cogitar a possibilidade de uma criminologia amputada da figura da vítima.

[...]

A conclusão a que chegamos flui no sentido de que existe uma imbricação e uma complementariedade inarredável entre criminologia e Vitimologia e ainda que

¹⁵⁰ CÂMARA, op. cit., p. 69.

¹⁵¹ PIEDADE JUNIOR, op. cit., p. 80.

¹⁵² OLIVEIRA, op. cit., p. 72-73.

possuam enunciados particulares e específicos não podem ser compreendidas nem estudadas de modo unilateral: são *mutuamente dependentes*, mas o objeto da criminologia, por ser mais amplo, abrange o da Vitimologia – daí melhor falar-se, apenas, em uma *perspectivação vitimológica*.¹⁵³

Sobre a relação entre criminologia e a Vitimologia, o criminólogo Antonio Beristain afirma de forma peremptória: “a Vitimologia é filha da criminologia, muito mais do que do direito penal”¹⁵⁴. Explica o autor:

Se alguém duvida de que a Vitimologia deriva da criminologia muito mais que do direito penal, é só recordar que, ao se criar em Münster, no ano de 1979, a Sociedade Mundial de Vitimologia, seus membros fundadores discutiram se deveriam formar uma seção dentro da Sociedade Internacional de Criminologia ou constituir uma sociedade autônoma independente. A ninguém passou pela idéia a possibilidade de integrar-se à Associação Internacional de Direito Penal. Outra prova de que a Vitimologia nasceu e cresce mais perto da criminologia que do direito penal nos oferece o fato de que a reparação, tal e qual se concebe e pratica o direito penal, tem muito castigo (perto da multa) para repreender e sancionar o delinqüente; por isso, se diz “aquele que fez, que pague”. Ao contrário, os vitimólogos concebem a reparação, antes e sobretudo, para dar assistência à vítima.¹⁵⁵

Sobre a relação de dependência entre essas ciências, ensina Emetério Silva de Oliveira Neto que a Vitimologia, conforme definida por John Dussich, é uma disciplina acadêmica composta por dois elementos, "vítima" e "logos", e representa um campo independente dentro da criminologia. Seu foco está estritamente voltado para o estudo da vítima, e, como tal, deve ser abordada com base em seus próprios princípios e conceitos, como será discutido mais adiante. Portanto, pode-se concluir que a autonomia científica alcançada pela Vitimologia possibilita uma análise mais profunda e interdisciplinar, considerando diversas perspectivas, como aquelas oferecidas pelo direito penal, psicologia e psiquiatria, de seus principais conceitos e princípios.¹⁵⁶

Os que defendem a autonomia científica da Vitimologia utilizam, como principal sustentáculo de entendimento, que se trata de uma ciência global, ampla, que não se limita às vítimas de crimes, estendendo o seu espectro para toda a sorte de vítimas, como aquelas que advêm de causas naturais, acidentais, econômicos, sociais, dentre outras razões que não resultam diretamente de qualquer ato ilícito descrito como crime.

Aponta Mazarena que a Vitimologia é “o estudo científico da vítima, que deve entendê-la como todo aquele que sofre um dano por ação ou omissão própria ou alheia, ou por causa fortuita”¹⁵⁷. Evidentemente, ainda que se entenda ser esta a compreensão mais adequada,

¹⁵³ CÂMARA, op. cit., p. 73-74.

¹⁵⁴ BERISTAIN, op. cit., p. 83.

¹⁵⁵ Ibid., p. 83.

¹⁵⁶ OLIVEIRA NETO, op. cit., p. 64.

¹⁵⁷ MAZANERA, 2002, p. 25, apud MORAN, op. cit., p. 108-109.

um conceito amplo de vítima não serve ao escopo do presente trabalho, razão pela qual iremos trabalhar essa definição no próximo tópico.

Leciona Moran que, a despeito da autonomia científica da Vitimologia, é certo que o seu campo de atuação mereceu a devida adaptação para que passasse atualmente a ser entendida como ciência ajustada a proteção dos direitos humanos, assim concebido no bojo de um processo penal de feição democrática. Nessa esteira, duas escolas acabaram traçando os contornos da Vitimologia atual: a Vitimologia construtivista, centrada nos direitos das vítimas e responsável pela atenção à questão da vitimização secundária (conceito este que iremos estudar adiante); e a Vitimologia crítica, voltada a um senso de equilíbrio na proteção das vítimas e implementação das práticas restaurativas.¹⁵⁸

Como a Vitimologia ainda se trata de uma ciência construção, os seus contornos ainda não podem ser estaticamente definidos. Porém, entendemos que a definição elaborada por Fabiola Moran é extremamente atual e se alinha aos propósitos do nosso estudo. A autora conceitua da seguinte forma:

Concebendo-se a vitimização como evento violador da dignidade humana, apto a atingir a essência da autonomia da vontade que a caracteriza, a Vitimologia deve ser tratada como ciência que concentra seu estudo no comportamento de vítimas em situações de crime, as respostas das vítimas ao delito, bem como a promoção de assistência, reparação, tratamento e serviços necessários à superação dos efeitos da vitimização, sem prejuízo dos estudos e programas voltados à prevenção primária.¹⁵⁹

Inserida a presente introdução, já possuímos a base teórica necessária para desenvolver o conceito da vítima que buscaremos trabalhar nesse estudo científico, bem como aprofundar os processos vitimizantes na estrutura construída a partir das contribuições da Vitimologia.

3.2 Perspectivas e dimensões da vítima criminal

Um passo básico e essencial para qualquer estudo científico é a delimitação do seu objeto. Em nosso caso, é preciso definir quem é a *vítima* que buscamos inserir num panorama de tutela de direitos humanos e fundamentais. Não se trata de uma etapa meramente burocrática ou protocolar, pois conceber um conceito de vítima passa por uma série de aspectos que apresentam profundas complexidades, como iremos perceber a seguir.

¹⁵⁸ Ibid., p. 109.

¹⁵⁹ Ibid., p. 109.

É preciso registrar que estamos a tratar de um código binário de definição, pois nossa pesquisa versa sobre a *vítima criminal*, ou seja, é preciso que compreendamos, de forma adequada, a relação entre a *vítima* e o *crime*, para que então somemos os termos e alcancemos o resultado da equação matemática. Essa questão torna nossa missão ainda mais árdua, mas não será razão para nos esquivarmos do referido propósito.

O crime está atrelado a conformação das liberdades externas que estão em interação social, ao passo que o significado contido na norma penal se relaciona com as razões que justificam a intervenção penal, bem como jurídico-penal. Ou seja, o bem jurídico penal é delineado em termos de justificação, e não em termos de objeto.¹⁶⁰

Inúmeras têm sido as definições de “vítima” que encontramos na literatura especializada vitimológica, tratando-se de um tema complexo, que é capaz de comportar diferentes significados a depender do contexto em que é empregada. Em razão disso, preferido a utilização do termo *concepção* em detrimento de *conceito* na busca pela definição de vítima, pois o consideramos etimologicamente mais aberto para que dali surja um espectro de possíveis significados e interpretações.

Com efeito, a concepção de vítima é diversa no jogo de linguagem do Direito Penal, no jogo de linguagem do Processo Penal e no jogo de linguagem da Execução Penal, razão por que não se pode falar em *conceito* de vítima, que pressupõe um conjunto de características comuns a um gênero, mas em *concepção* de vítima, pois os diversos significados de vítima pertencem a uma família de significados.

3.2.1 *Concepção etimológica*

Sobre a etimologia do termo, Aller¹⁶¹ ensina que existem duas teorias que explicam a origem vocábulo *vítima*. Uma primeira aponta que o termo tem origem latina e se refere a uma oferenda viva que se mata em sacrifício no topo de um altar para se oferecer em favor aos Deuses. A segunda afirma que vítima tem origem em uma língua indo-europeia, que foi incorporada ao dialeto latim, e que advém de uma dupla aceção que soma os termos *vincire* e *vincere* (a única diferença literal entre os termos está na quinta letra). *Vincire* se relaciona à vítima que já foi tratada na primeira teoria, ao passo que *vincere* se relaciona a um indivíduo que foi vencido no campo de batalha.

¹⁶⁰ ZINI, Júlio César Faria. Direito penal e a concepção de vítima. **Estado democrático de direito e solução de conflitos: diálogos e repercussões na sociedade contemporânea**, 2018, p. 407.

¹⁶¹ ALLER, Germán. **El Derecho Penal Y La Víctima**. Montevideo: B de F, 2015, p. 40-41.

Daí, conjugando-se os termos, chegamos à definição etimológica de vítima como uma pessoa que foi derrotada, vencida, subjugada.¹⁶² Não existe um acordo entre os estudiosos acerca da origem latina da palavra. Nos dicionários contemporâneos (faz referência ao castelhano, ao francês, ao inglês, ao italiano, ao português¹⁶³) está consignado, como significado da palavra vítima, o de animal sacrificado ou destinado ao sacrifício, dentre outros.¹⁶⁴

3.2.2 *Concepção criminológica e vitimológica*

O termo vítima, ainda que sob o prisma restrito da Vitimologia, tem recebido inúmeras definições, tendo cada perspectiva um profundo alcance. Sob o aspecto vitimológico, a vítima pode ser tratada sob diferentes perspectivas, que abrangem, além das vítimas penais, vítimas não penais e vítimas de fatos fortuitos.¹⁶⁵ Porém, para a ótica que buscamos fixar como objeto do nosso estudo, resolvemos não contemplar conceitos que não se relacionem ao estudo da vítima na precisamente no fenômeno criminal.

Ainda que excluamos do nosso espectro aquelas vítimas que não se relacionem, direta ou indiretamente, com questões relacionadas à criminalidade, essa concepção ainda assim permanece extremamente plural e fluída.

A vitimóloga Ana Isabel Garita Sanchez, pesquisadora do Instituto Latino-Americano das Nações Unidas para a prevenção do delito e tratamento do delinquente (ILANUD), ao proferir a conferência intitulada “El Sistema de Justicia Penal desde la Perspectiva Vitimologica”, no ano de 1990, definiu vítima como:

A pessoa que sofreu alguma perda, dano ou lesão, seja em sua pessoa propriamente dita, sua propriedade, ou seus direitos humanos, como resultado de uma conduta que: a) constitua uma violação da legislação penal nacional; b) constitua um delito em virtude do Direito Internacional; c) constitua uma violação dos princípios sobre direitos humanos reconhecidos internacionalmente; d) que de alguma forma implique um abuso de poder por parte das pessoas que ocupem posições de autoridade político ou econômica.¹⁶⁶

¹⁶² ZINI, op. cit., p. 407-408.

¹⁶³ No dicionário Michaelis, o termo *vítima* conta com os seguintes significados: 1 Pessoa ou animal que morre em sacrifício a uma divindade ou em algum ritual. 2 Pessoa ferida, executada, torturada ou violentada. 3 Pessoa que morre ou passa por uma situação traumática: “[...] ficou tetraplégica aos dezoito anos, vítima de um acidente de carro” (CMA). 4 Pessoa que é submetida a arbitrariedades: “Por vezes, se Deus não chegasse depressa, Pedrinho poderia ser vítima de atos que muita gente não gosta nem de ler nem de escutar” (JMV2). 5 Pessoa que sofre o resultado funesto das próprias paixões ou a quem são fatais os seus bons sentimentos. 6 Qualquer ser ou coisa que sofre algum tipo de prejuízo. 7 JUR Pessoa contra quem se comete um crime.

¹⁶⁴ OLIVEIRA, op. cit., 1999, p. 77-78.

¹⁶⁵ RODRIGUES, op. cit., p. 29.

¹⁶⁶ PIEDADE JUNIOR, op. cit.

Para Câmara, que traz uma definição de vítima que a aproxima do campo criminológico, essa concepção não pode se restringir a um modelo rígido, puramente legalista e associado aos titulares dos bens jurídicos protegidos, ossificado na dimensão dogmática-penal, uma vez que vítima não corresponde necessariamente com o sujeito passivo do crime. Deve, portanto, orientar-se para o horizonte mais largo em que se espelha a criminologia contemporânea. Um conceito de vítima compatível com o conjunto de características próprias da vida social e comunitária do nosso tempo requer especial atenção com os direitos das vítimas (situações de abuso de poder).

O autor conceitua vítima como sendo “todo indivíduo, atingido direta ou reflexamente pela delinquência, na sua pessoa ou patrimônio, tendo suportado lesões físicas ou mentais, como consequência, inclusive, de suas ações ou omissões que violem seus direitos fundamentais”.¹⁶⁷ E completa:

Donde, a nosso pensar, um conceito de vítima pode ser buscado mesmo nas hipóteses de *vitimização reflexa*, isto é, quando a conduta criminosa logra atingir determinadas pessoas de *modo mediato*, ainda quando não catalogadas formalmente como sujeito passivo do delito, louvando-nos no fato de que malgrado trate-se de acontecimento assaz frequente, não iremos encontrar o *fenômeno da interação delinquente-vítima em toda a realizada delitual* pondo-se, dessarte, ênfase na chamada *vitimização indireta*, uma vez que a família, por exemplo, também é vítima quando um de seus membros é atingido pelo crime; como também na *vitimização generalizada, indiscriminada ou difusa* que, sói ocorrer, por mor, nos chamado espaços macrocriminais: “crimes de colarinho branco”, criminalidade organizada, terrorismo etc.

A concepção criminológica é distinta da concepção jurídica, uma vez que a lei penal se interessa por uma infração na perspectiva de violação de uma norma, ao passo que a criminologia, por sua vez, estuda o crime como um fenômeno real, considerando as condições psicológicas e outras peculiaridades negativas tanto do criminoso quanto da vítima, fatores esses que são muitas vezes ignorados sob o ponto de vista meramente jurídico.

Sob o aspecto vitimológico, Mendelsohn, Anyiar De Castro e Bittencourt, de acordo com Manzanera, conceberam o termo vítima sob três planos:¹⁶⁸

- a) *Biopsicossocial*: envolve os fatores que podem estimular o sujeito a converter-se em vítima, como o crime, acidentes de trabalho ou de trânsito, inclusive se o sujeito for vítima de si próprio (*victima indepediente*);

¹⁶⁷ CÂMARA, op. cit., p. 77.

¹⁶⁸ MANZANERA, 2010, p. 36-37, apud RODRIGUES, op. cit., p. 29.

- b) *Criminológico*: onde o problema da personalidade da vítima guardaria relação biopsicossocial somente com o conjunto de problemas da criminalidade, do ponto de vista terapêutico e de prevenção criminal;
- c) *Jurídico*: trata da vítima em relação à lei, penal ou civil, para os casos de ressarcimento de danos por ela sofridos.

Para que seja possível atingir o fim deste trabalho, que é analisar a tutela dos direitos fundamentais das vítimas criminais sob a ótica da reparação do dano, que se relaciona especialmente ao campo processual penal, é necessário que avancemos à concepção jurídica que, como vimos, trata-se de um dos vieses da concepção vitimológica.

3.2.3 Concepção jurídica

O conceito jurídico de vítima criminal pode se subdividir em três sentidos diferentes¹⁶⁹: a) jurídico-geral; b) jurídico-penal-restrito; c) e jurídico-penal-amplo.

Em seu sentido *jurídico-geral*, vítima expressa aquele sujeito que sofre diretamente a ofensa ou ameaça ao bem jurídico tutelado pela norma penal. Já o conceito *jurídico-penal-restrito* retrata aquela pessoa que sofre diretamente a conduta e as consequências do ato ilícito descrito na norma incriminadora penal (fato típico). Por fim, o sentido *jurídico-penal-amplo* se expressa pela lesão do sujeito e da comunidade que sofrem a conduta e as consequências do delito.¹⁷⁰

Mesmo dentro da categoria *jurídico-penal-restrita*, é necessário estabelecer algumas especificações, como a distinção entre vítima, ofendido, pessoa ofendida, lesado, prejudicado, sujeito passivo e titular do bem jurídico protegido.

De acordo com Heitor Piedade Junior, a técnica mais adequada recomenda a utilização da palavra *vítima* quando se trata de crimes contra a pessoa; o termo *ofendido* em se tratando de crimes contra a honra e contra os costumes; e o a palavra *lesado* quando se tratar de crimes patrimoniais.¹⁷¹ Em que pese a técnica escolhida pelo autor seja adequada, percebe-se que o Código Penal e o Código de Processo Penal brasileiro utilizam todos esses termos de forma indistinta, sem nenhum critério técnico-terminológico rígido. Já a expressão *sujeito*

¹⁶⁹ BURKE, op. cit., p. 24.

¹⁷⁰ Ibid., p. 24.

¹⁷¹ PIEDADE JUNIOR, op. cit., p. 184.

passivo e titular do bem jurídico protegido não são utilizadas pela legislação penal nacional, sendo objeto de estudo apenas sob o campo doutrinário.¹⁷²

Frederico Marques distingue *vítima e prejudicado*, utilizando exemplo relacionado ao crime de homicídio. Ocorrendo a morte, o sujeito passivo é o morto, enquanto prejudicados são aqueles que dependiam financeiramente do falecido. Assim o prejudicado não se identifica necessariamente com o sujeito passivo do delito porque, não sendo titular do bem jurídico tutelado, apenas sofre as consequências de sua lesão que, geralmente, são financeiras.¹⁷³

Fernandes aponta que, considerando a variedade de interesses da vítima no processo penal (penais e não penais), há que se distinguir entre quem busca a satisfação de interesses penais – querelante, sujeito passivo da infração, ofendido - e quem persegue interesses civis – prejudicado, lesado, danificado, parte civil, ofendido¹⁷⁴.

Quanto ao sujeito passivo do delito, a doutrina tradicional também costuma fazer uma diferença clássica entre o sujeito passivo constante ou permanente, e o sujeito passivo eventual. O primeiro seria sempre o Estado, o qual, enquanto detentor do *jus puniendi*, foi afrontado com a conduta criminosa. Já o segundo estaria personificado na pessoa da vítima, quando houver.¹⁷⁵ Essa distinção é criticada por parte da doutrina. Anibal Bruno, por exemplo, afirma que essa é uma “concepção de caráter meramente formal, sem interesse prático, nem mesmo doutrinário”.¹⁷⁶

A posição do Estado como vítima permanente de todos os delitos é criticada por parte da doutrina, pois é vista como elemento de um paradigma meramente retributivo da justiça penal, que acaba por justificar que a vítima – pessoa física – seja esquecida nas discussões político-criminais. Sobre o tema, sábias são as lições de Howard Zehr:

Já que o Estado é definido como vítima, não é de se admirar que as vítimas sejam sistematicamente deixadas de fora do processo e suas necessidades e desejos sejam tão pouco acatados. Por que reconhecer suas necessidades? Elas não são sequer partes da equação criminosa. As vítimas são meras notas de rodapé do processo penal, juridicamente necessárias apenas quando seu testemunho é imperativo.

Os programas de ressarcimento às vítimas tornaram-se populares nos últimos anos, como de fato deveriam ser. No entanto, não se pode esperar que tenham um grande e duradouro impacto até que reexaminemos nossa definição de crime. Enquanto as vítimas não forem elementos intrínsecos da definição de crime, é natural esperar que continuem sendo apenas peças de um tabuleiro ao invés de participantes ativos.¹⁷⁷

¹⁷² OLIVEIRA, op. cit., p. 79.

¹⁷³ MARQUES, 1956, p. 56, apud OLIVEIRA, op. cit., p. 80-81.

¹⁷⁴ FERNANDES, 1995, p. 46, apud OLIVEIRA, op. cit., p. 80-81.

¹⁷⁵ BETTIOL, 1973, p. 644-648, apud BARROS, op. cit., p. 58.

¹⁷⁶ BRUNO, Anibal. **Direito Penal: parte geral**. Tomo 2. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 208.

¹⁷⁷ ZEHR, op. cit., p. 87.

A necessária correlação entre o cometimento do ilícito e a existência de um bem jurídico protegido ou um interesse tutelado também tem sido bastante discutida na doutrina, notadamente por Habermas e Günter, conforme ressalta Chamon Júnior, principalmente porque esses conceitos possuem uma carga valorativa, axiologizante, que diverge da *Teoria discursiva do direito* e, portanto, não são considerados adequados ao paradigma do Estado Democrático de Direito.¹⁷⁸

Com efeito, a teoria da relação jurídica¹⁷⁹, erigida por Savigny, define direito subjetivo como o poder de alguém sobre conduta de outrem e a relação jurídica como um vínculo normativo em que uma pessoa pode exigir de outra uma determinada conduta, ou seja, o cumprimento de um dever, ainda que negativo, como decorrente do direito real de propriedade.¹⁸⁰

Assim, na atualidade, Chamon Júnior propõe interpretar a teoria das situações jurídicas sob o marco da teoria discursiva do direito, tecendo uma importante crítica à teoria da relação jurídica e, por consectário, à noção tradicional de sujeito passivo do delito, que enxerga no Estado a vítima constante a partir da compreensão dada pelos relacionistas de que todo dever possui um direito correlato.¹⁸¹ Ensina o autor:

Afirmar que o delito – bem como já o juízo de tipicidade – implica a infração de um dever não significa a exclusão de que, sempre no caso concreto, haja possíveis – mas não necessários! – direitos violados. Isto também não implica que direitos do Estado – enquanto pessoa jurídica – não possam, nunca, ser violados: um exemplo é o crime de peculato que implica tanto numa infração de um dever como uma violação de

¹⁷⁸ BARROS, op. cit., p. 61.

¹⁷⁹ Sobre a teoria da relação jurídica, interessantes são as anotações de Guimarães Filho: “Portanto, deve-se compreender o momento histórico da ciência jurídica na Alemanha no século XIX, pois até então se estudava por meio das lições de direito romano como algo indiscutível, tendo inclusive caráter de universalidade. Qualquer escrito sobre Direito civil e processual deveria fazer referência ao código de Justiniano. A ação, portanto, era concebida como o próprio direito material colocado em movimento, o mero direito de pedir em juízo o que é devido. Nesta lógica, a ameaça ou violação a algum direito dava vida ao direito de ação, compreensão que se vinculava ao conceito de Savigny, para o qual o direito à ação nasce da lesão de um direito ou sua ameaça; o direito à tutela judicial não possuía autonomia em relação ao direito material à época. Não poderia haver divergência entre a concepção romana de *actio* e o que os modernos entendiam por ação (*Klagarecht*) (KHALED JR., 2010, p.22-23). Estas mudanças que iniciam o movimento que resulta na teoria da relação jurídica processual rompem com esta concepção de processo anterior ao século XIX, na qual o processo era meramente adjetivo, um apêndice do Direito Civil, portanto, não sendo um saber autônomo. O término desta subordinação do direito processual ao material iniciou-se com a polêmica entre Bernard Windscheid e Theodor Muther, ocorrida nos anos 1856 e 1857. Nesta polêmica, inicia-se o desenvolvimento de autonomia do direito processual, cujo objetivo estava ligado ao desenvolvimento científico que exigia a autonomização, caso contrário, não seria possível atingir o status de ciência no sentido moderno (HIDALGO, 2008, p.88). A principal preocupação de seus escritos – o que ainda se mantém em Von Bülow – era a consolidação do Direito Processual como uma ciência autônoma em relação ao Direito material, ou seja, com seu próprio objeto, sistematização, seus conceitos, princípios e métodos (FERREIRA, 2006, p.6)”. GUIMARÃES FILHO, Gilberto. **A teoria da relação jurídica processual: o processo e sua autonomia científica na formação da ciência processual moderna**. Direito e Democracia, v. 16, n. 1, 2015.

¹⁸⁰ BARROS, op. cit., p. 62.

¹⁸¹ *Ibid.*, p. 62.

direitos do Estado. Por outro lado, e contra toda uma tradição *totalitarista*, não se pode entender que em todo e qualquer delito o ‘Estado’ ou a ‘sociedade’ deveriam ser retratados como vítima – afinal, se levamos a sério a distinção entre discurso de justificação e aplicação somente se pode falar em violação de um direito do Estado quando haja tal direito efetivamente – e não quando se ferem ‘valores da comunidade’¹⁸²

A partir dessa compreensão, conclui-se ser inadequada a tradicional divisão teórica entre sujeito passivo constante, na figura do Estado, e sujeito passivo eventual, a vítima. O conceito de direito passivo constante, sob a teoria do discurso, não pode ser tomado a partir da noção de que *todo crime atinge o Estado ou a sociedade*, ou seja, uma vítima definida em abstrato a partir da norma que tipifica uma conduta como ilícito penal, pois não é possível reconhecer um “sujeito passivo” com base apenas em critérios axiológicos, mas sim a partir do caso concreto. Já sujeito passivo eventual, a verdadeira vítima do delito, somente poderá ser fixada a partir da análise do caso concreto, de forma que somente haverá vítima no caso concreto na hipótese de o descumprimento de um dever haver gerado um direito violado pois, caso contrário, estaremos diante de um crime sem vítima.¹⁸³

A Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder da Organização das Nações Unidas (ONU) – Declaração nº 40/34 – define vítima como pessoas que, individual ou coletivamente, tenham sofrido um prejuízo, nomeadamente um atentado à sua integridade física ou mental, um sofrimento de ordem moral, uma perda material, ou um grave atentado aos seus direitos fundamentais, como consequência de atos ou de omissões violadores das leis penais em vigor num Estado membro, incluindo as que proíbem o abuso de poder. Já o art. 2º da citada resolução destaca que, no termo vítima, inclui-se também, conforme o caso, a família próxima ou as pessoas a cargo da vítima direta e as pessoas que tenham sofrido um prejuízo ao intervirem para prestar assistência às vítimas em situação de carência ou para impedir a vitimização.¹⁸⁴

Esse conceito foi também seguido pela Diretiva Europeia 2023/29/UE, que estabeleceu normas mínimas relativas aos direitos, ao apoio e à proteção das vítimas da criminalidade. A referida diretiva tratou, conforme expôs expressamente em seu art. 11, de normas mínimas, sem prejuízo de os Estados-membros reforçarem suas legislações internas na tutela da vítima criminal.¹⁸⁵

¹⁸² Ibid., p. 64.

¹⁸³ Ibid., p. 64-65.

¹⁸⁴ Disponível em: <https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/diretrizes-recursoreparacao.pdf>. Acesso em: 11 de jun. de 2023.

¹⁸⁵ Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32012L0029>. Acesso em: 9 jul. de 2023.

Conforme aduz Ramos¹⁸⁶, países integrantes da União Europeia passaram, então, a estabelecer suas diretivas internas, com destaque para a legislação portuguesa, que acrescenta o conceito de vítima vulnerável¹⁸⁷ e a legislação espanhola (Ley4/2015), que menciona expressamente o que seriam vítimas direta e indiretas.

Como se vê, trata-se de um conceito extremamente amplo, que inclui não só aquela pessoa que foi diretamente afetada pelo ilícito penal, como também todos que, de alguma forma, tenham sofrido algum prejuízo físico, psicológico, patrimonial ou moral. Inclui ainda a família e pessoas próximas que tenham sofridos prejuízos para prestar assistência à pessoa que foi imediatamente acometida pelo crime.

Assim, em termos de direito internacional, temos um conceito *lato* de vítima criminal que abrange todas as duas figuras em discussão na doutrina nacional: a vítima propriamente dita e o prejudicado. No entanto, adverte Barros para uma necessária interpretação desse conceito:

Não obstante a importância da inclusão dos familiares e dos dependentes da vítima como vítimas do delito, essas somente devem possuir legitimidade quando da ausência ou morte da vítima. Pois quando a vítima – sujeito passivo – possui capacidade para atuar a sua inatividade, demonstrará o seu desinteresse no processo penal, e este desinteresse possibilitará a extinção da punibilidade em casos específicos previstos na legislação. E deve ser respeitada a sua vontade, pois a atuação da vítima deve ter como base a liberdade individual, sua autonomia da vontade.¹⁸⁸

¹⁸⁶ RAMOS, op. cit., p. 32.

¹⁸⁷ Lei Portuguesa 130/2015: art. 3º, a) 'Vítima':i) A pessoa singular que sofreu um dano, nomeadamente um atentado à sua integridade física ou psíquica, um dano emocional ou moral, ou um dano patrimonial, diretamente causado por ação ou omissão, no âmbito da prática de um crime;ii) Os familiares de uma pessoa cuja morte tenha sido diretamente causada por um crime e que tenham sofrido um dano em consequência dessa morte;b) 'Vítima especialmente vulnerável', a vítima cuja especial fragilidade resulte, nomeadamente, da sua idade, do seu estado de saúde ou de deficiência, bem como do facto de o tipo, o grau e a duração da vitimização haver resultado em lesões com consequências graves no seu equilíbrio psicológico ou nas condições da sua integração social;c) 'Familiares', o cônjuge da vítima ou a pessoa que convivesse com a vítima em condições análogas às dos cônjuges, os seus parentes em linha reta, os irmãos e as pessoas economicamente dependentes da vítima;d) 'Criança ou jovem', uma pessoa singular com idade inferior a 18 anos.2 - Para os efeitos previstos na subalínea ii) da alínea a) do n.º 1 integram o conceito de vítima, pela ordem e prevalência seguinte, o cônjuge sobrevivente não separado judicialmente de pessoas e bens, ou a pessoa que convivesse com a vítima em condições análogas às dos cônjuges, os descendentes e os ascendentes, na medida estrita em que tenham sofrido um dano com a morte, com exceção do autor dos factos que provocaram a morte.3 - As vítimas de criminalidade violenta e de criminalidade especialmente violenta são sempre consideradas vítimas especialmente vulneráveis para efeitos do disposto na alínea b) do n.º 1.4 - Assistem à vítima os direitos de informação, de assistência, de proteção e de participação ativa no processo penal, previstos neste Código e no Estatuto da Vítima.5 - A vítima tem direito a colaborar com as autoridades policiais ou judiciárias competentes, prestando informações e facultando provas que se revelem necessárias à descoberta da verdade e à boa decisão da causa.

¹⁸⁸ BARROS, op. cit., p. 59.

Observamos, a partir do presente estudo, que *vítima* é um termo que admite múltiplas concepções, a depender da perspectiva que busquemos priorizar como enfoque. Ainda que seja necessário delimitar o nosso objeto de estudo em uma dessas compreensões, para fins de estabelecer um critério norteador para o desenvolvimento do presente trabalho, também é preciso afirmar que todas essas fontes se integram em diversos pontos de contato, ou seja, a escolha de uma determinada concepção não exclui a imensa utilidade das demais, principalmente sob o vetor interpretativo.

O Código de processo Penal não traz um conceito de vítima, mas tão apenas descreve aspectos concernentes à sua atuação processual. Essa indefinição, contudo, não pode servir de obstáculo para que possamos promover a sua tutela. Em razão disso, iremos nos ater a um conceito jurídico de vítima criminal e, para tanto, adotaremos como parâmetro aquele traçado pela Declaração nº 40/34 da ONU, uma vez que é reconhecido internacionalmente e possui uma amplitude apta a proteger de forma adequada os interesses que nos propusemos a perseguir.

Não obstante a falta de um diploma legislativo específico dedicado à assistência às vítimas, é possível observar que esse tema é abordado de forma não sistemática em leis que tratam das políticas de segurança pública em geral, bem como nas disposições concernentes à atenção dispensada à investigação e aos processos criminais nos quais as vítimas desempenham um papel relevante. Dentro deste último grupo, merece destaque a Lei nº 9.807, que se dedica às medidas de proteção necessárias para vítimas ou testemunhas de crimes que se encontram sob coação ou enfrentam graves ameaças devido à sua colaboração com a investigação ou processo criminal (BRASIL, 1990).¹⁸⁹

No que diz respeito às leis que abordam as políticas de segurança pública, merece atenção, por exemplo, a disposição contida na Lei que estabelece o Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania – PRONASCI (BRASIL, 2007). Nessa lei, a questão das vítimas é tratada como um ponto focal das políticas gerais direcionadas às "vítimas da criminalidade e mulheres em situação de violência" (art. 4º, inciso II). Com um modelo concebido com base na adesão dos Estados-membros e dos municípios, a Lei do PRONASCI requer que os aderentes assumam o "compromisso de criar centros de referência e oferecer apoio psicológico, jurídico e social às vítimas da criminalidade" (art. 6º, inciso IX).¹⁹⁰

¹⁸⁹ SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; GOMES FILHO, Dermeval Farias. **Atenção às vítimas de crimes no Brasil: das Nações Unidas aos atos infralegais**. Revista de Política Judiciária, Gestão e Administração da Justiça. v. 8, n. 1, 2022, p. 34 – 53.

¹⁹⁰ Ibid, p. 38-39

A Lei que estabelece o Sistema Único de Segurança Pública – SUSP, por outro lado, demonstra uma preocupação significativa na elaboração de indicadores para avaliar e analisar as políticas públicas voltadas para as vítimas, particularmente ao prescrever a condução de estudos e pesquisas de alcance nacional, bem como a consolidação de dados e informações estatísticas relacionados à criminalidade e à vitimização (BRASIL, 2018). Quando o artigo 6º, inciso VI, dessa Lei estipula essa obrigação, o faz ao designar o Ministério da Justiça e Segurança Pública como o órgão responsável pela implementação dessa ação na qualidade de gestor do SUSP.¹⁹¹

Em 2021, o Conselho Nacional do Ministério Público emitiu a Resolução nº 243, com o objetivo de estabelecer a "Política Institucional de Proteção Integral e de Promoção de Direitos e Apoio às Vítimas" (BRASIL, Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), 2021). Esta ação do CNMP, que é o órgão nacional do Ministério Público, se aprofunda em uma análise mais detalhada do conceito de vítima. Nesse contexto, sem se contrapor à definição das Nações Unidas, mas sim expandindo a compreensão inicial apresentada por ela, a Resolução do CNMP estabelece uma tipologia para as vítimas.¹⁹²

A vítima, em um sentido mais abrangente, é definida como alguém que merece proteção integral e deve ser compreendida como "qualquer pessoa natural que tenha sofrido danos físicos, emocionais, em sua própria pessoa, ou em seus bens, causados diretamente pela prática de um crime, ato infracional, calamidade pública, desastres naturais ou graves violações de direitos humanos" (art. 3º). O CNMP expande essa definição, considerando dimensões que derivam tanto da condição específica da vítima quanto da natureza do evento que a vitimou, destacando: (i) vítima direta; (ii) vítima indireta; (iii) vítima de especial vulnerabilidade; (iv) vítima coletiva; (v) familiares e pessoas economicamente dependentes da vítima.¹⁹³

3.3 Processos de vitimização

Ultrapassadas as concepções de vítima, bem como a definições de crime sob a perspectiva vitimária, cumpre-nos avançar para a presente etapa, onde aprofundaremos os conceitos de vitimização e de suas respectivas espécies, pontos primordiais para que possamos

¹⁹¹ Ibid, p. 38-39.

¹⁹² Ibid, p. 38-39.

¹⁹³ Ibid, p. 38-39.

compreender a atual vulnerabilidade da vítima no processo penal. Sobre o tema, ensina Heitor Piedade Junior¹⁹⁴:

Vitimização, ou vitimação, ou processo vitimizatório, é a ação ou efeito de alguém (indivíduo ou grupo) se autovitimar ou vitimar 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 Natureza. No processo de vitimização, salvo no caso de autovitimização quando ocorre a autolesão, necessariamente, se encontra a clássica dupla vitimal, ou seja, de um lado, o vitimizador (agente) e de outro a vítima (paciente).

Já Manzanera entende que a vitimização é resultado de um comportamento antissocial contra um grupo ou pessoa, ou p mecanismo pelo qual uma pessoa se torna sujeito passivo de um ato punível. Ou seja, é o fenômeno pelo qual uma pessoa (ou grupo) torna-se vítima. Por vitimização criminal o autor entende que se trata do fenômeno pelo qual alguém se torna vítima em razão de um comportamento antissocial. Quanto à aventada questão da autovitimização, o autor complementa que entende ser possível alguém ser vitimizado por um comportamento não criminoso, assim como não é possível duvidar que alguém possa ser vitimado por comportamento não criminoso.¹⁹⁵

A presente análise é de essencial importância para o estudo do objeto deste trabalho, pois nos fornecerá ferramentas extremamente úteis à compreensão do fenômeno de abandono material, processual e assistencial às vítimas na persecução penal, inclusive no que se refere à reparação do dano.

Doutrinariamente, costuma-se dividir a vitimização em três espécies principais: a vitimização primária, secundária e terciária. Ainda existem alguns autores que tratam de uma quarta espécie de vitimização. Avançaremos para o estudo de cada uma delas nos próximos tópicos.

3.3.1 Vitimização primária

A primeira espécie na escala é a vitimização primária, que, nas palavras de Prudente, se configura como “a consequência derivada de haver sofrido um delito e que vai acompanhada de efeitos físicos, psicológicos, sociais ou econômicos causados à vítima como consequência direta do crime”.¹⁹⁶

¹⁹⁴ PIEDADE JUNIOR, op. cit., p. 89-90.

¹⁹⁵ MAZANERA, Luis Rodrigues. Estudio de la víctima. 7 ed. México: Porrúa, 2002, p. 89-90.

¹⁹⁶ PRUDENTE, op. cit., p. 103.

Trata-se de um conceito de fácil compreensão, porque alcança aqueles danos que são causados diretamente à vítima em razão da conduta criminosa do ofensor. A vitimização primária alcança toda a ordem de efeitos que a prática de um crime pode causar à esfera de proteção da vítima, como a financeira, patrimonial, física, psicológica, sexual, dentre outras.

É, por exemplo, no caso de um furto, o dano patrimonial que aquele bem subtraído ocasionou à vítima, sem prejuízo de alguma ofensa também de ordem sentimental, como no caso de um bem que possuía valor afetivo. No caso de um roubo, além do dano patrimonial, não raramente ocorre também um abalo psicológico à vítima em razão do emprego da violência. Igualmente, nos crimes contra a dignidade sexual, comumente estão presentes danos físicos e psicológicos, com sérias chances de irreversibilidade.

A prática de um crime pode desencadear na pessoa vitimada uma séria de eventos a depender do crime praticado e da vítima ofendida. Em regra, quanto mais grave o crime, maior o grau de vitimização primária. Porém, não se trata de uma regra absoluta, pois somente o caso concreto vai responder sobre o grau de vitimização imposta à pessoa.

O furto, por exemplo, é tido como uma espécie de crime de menor gravidade, pois não envolve violência física à pessoa, tendo uma pena fixada de um a quatro anos na sua modalidade simples, permitindo, inclusive, a aplicação de um mecanismo processual despenalizador, que é o acordo de não persecução penal. O furto de um bem de R\$ 50.000,00 é, em tese, também mais grave que o furto de um bem de R\$ 5.000,00 que, por sua vez, também é mais grave que o furto outro bem no valor de R\$ 500,00.

Entretanto, imagine que a vítima do primeiro crime é uma pessoa de classe média-alta que teve seu carro avaliado em R\$ 50.000,00 subtraído, e que irá acionar o seguro para reaver esse valor. Agora imagine que a segunda vítima é uma pessoa que possui uma motocicleta no valor de R\$ 5.000,00 e que a tem como ferramenta de trabalho para laborar na profissão de mototaxista. Já a vítima do bem de R\$ 500,00 teve sua bicicleta furtada, único bem que possuía para fazer pequenas entregas através de aplicativos de transporte de mercadorias e alimentos, sendo este trabalho essencial para a sua sobrevivência e da sua família.

Na mesma esteira, uma pessoa de classe alta que tem um terço herdado de sua avó, objeto simples avaliado em R\$ 50,00, mas de profundo valor sentimental, pode sofrer uma vitimização maior que outra de classe baixa que tem uma cédula do mesmo valor furtado.

Essas simples reflexões são úteis para que se desmistifique que a análise da dor e sofrimento causados em razão da prática do crime podem ser valoradas em tese, pois a vitimização primária é algo que sempre precisa ser devidamente personalizada a partir do estudo do caso concreto. E, muito embora as lesões que o crime causou muitas vezes não se

recuperem através da fixação de quantias monetárias, isso não é motivo para que se deixe de buscar estabelecer uma quantia que responda adequadamente à mal que o crime causou.

Fabiola Moran, contextualizando o assunto com o estudo dos direitos humanos, nos lembra que a dignidade é definida dentro de três elementos essenciais: *valor intrínseco*, a *autonomia de vontade* e *valor social*. O primeiro, valor intrínseco da vida humana, fundamenta a sua dignidade e extrapola os limites da racionalidade, uma vez que toda a vida humana, independentemente de seu estágio de evolução, possui dignidade. Já o segundo atributo, descrito como elemento ético da racionalidade, relaciona-se com a razão e a capacidade de autodeterminação, assim entendida como o direito ao amplo desenvolvimento da personalidade e ao exercício da liberdade individual sem interferências externas. Por fim, o valor comunitário corresponde ao elemento social da dignidade expresso na relação do indivíduo com sua comunidade¹⁹⁷.

A vitimização criminal atinge diretamente esse segundo elemento, eis que implica a substituição da vontade da vítima pela vontade do seu ofensor. O crime envolve uma relação de poder, na qual a vítima é forçada a negar a sua própria vontade. Em razão disso, afirma-se que a negação da vontade da vítima configura a própria essência da vitimização.

A necessidade de a sentença penal condenatória fixar a reparação dos danos em face é imperiosa, razão pela qual a Lei nº 11.719/08 alterou o Código de Processo Penal para estabelecer que um dos requisitos da sentença é fixar o quantum mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido. Muito embora esse assunto vá ser mais profundamente enfrentado no próximo capítulo, é necessário estabelecer desde já a íntima conexão desse assunto para relacioná-lo às espécies de vitimização. Acerca do tema, aduz Zehr¹⁹⁸:

O mais óbvio é que as vítimas precisam ressarcimento por suas perdas. Prejuízos financeiros e materiais podem constituir um fardo financeiro muito concreto. Além do mais, o valor simbólico das perdas pode ser tão importante ou até mais importante que o prejuízo material em si. Em todo caso, a indenização contribui para a recuperação. Pode ser que seja impossível ressarcir plenamente as perdas e psicológicas. Mas a sensação de perda e conseqüente necessidade de reparação material podem tornar-se muito prementes.

Ninguém pode devolver o olho à moça desse caso. Mas o reembolso das despesas pode suavizar o ônus. As mesmo tempo, pode oferecer uma sensação de restauração do âmbito simbólico.

Dentro do campo da vitimização primária costuma-se estudar ainda o que a doutrina denominou de *vitimodogmática*, que se refere ao grau de contribuição da vítima para a prática

¹⁹⁷ MORAN, op. cit., p. 115-116.

¹⁹⁸ ZEHR, op. cit., p. 33.

do delito, que tem o condão de atenuar a responsabilidade do autor da ofensa, tema que será aprofundado no próximo capítulo.

Ínsita na vitimização primária, temos ainda a classificação em vitimização direta e indireta. A primeira corresponde à pessoa que, diretamente, sofreu os efeitos causados pelo crime praticado. Já a indireta se refere às pessoas que possuam relação de afeto ou parentesco com a vítima direta, até o terceiro grau, desde que convivam, estejam sob seus cuidados ou desta dependam, no caso de morte ou desaparecimento causado por crime, ato infracional ou calamidade pública.¹⁹⁹ É um exemplo de vítima indireta aquela pessoa que teve seu filho vitimado por um crime de homicídio, ou um pai que teve sua filha molestada.

3.3.2 Vitimização secundária, sobrevitimização ou revitimização

A vitimização secundária, também chamada de sobrevitimização ou revitimização, é aquela resultante do indevido funcionamento do sistema processual e da irregular atuação da máquina policial ou judiciária²⁰⁰. Essa espécie de vitimização compõe a ideia central do tema que estamos dedicados a enfrentar, pois se trata do abandono da vítima pelo Estado após o cometimento do crime.

O Estado tem o dever de prevenção-geral, pois a ele incumbe, de forma primordial, evitar que o crime aconteça. Em maior ou menor grau, a responsabilidade pela ocorrência de um crime, em última instância, é do Estado, que deveria evitá-lo. E esse dever não se relaciona apenas com os deveres voltados estritamente à segurança pública, mas se desdobra para uma abordagem bem mais complexa e profunda, que compreende questões educacionais, sociais, políticas, humanitárias, dentre diversas outras.

No momento em que o Estado falha e o crime acontece, é imperiosa a existência de dois olhares: um direcionado ao ofensor, que deve ser responsabilizado²⁰¹ pelo ilícito praticado,

¹⁹⁹ A referida classificação encontra ressonância na Resolução nº 243/21 do Conselho Nacional do Ministério Público, que ainda traz mais duas: “III - vítima de especial vulnerabilidade: a vítima cuja singular fragilidade resulte, especificamente, de sua idade, do seu gênero, do seu estado de saúde ou de deficiência, bem como do fato de o tipo, o grau e a duração da vitimização terem resultado em lesões com consequências graves no seu equilíbrio psicológico ou nas condições de sua integração social; IV - vítima coletiva: grupo social, comunidades ou organizações sociais atingidas pela prática de crime, ato infracional ou calamidade pública que ofenda bens jurídicos coletivos, tais como a saúde pública, o meio ambiente, o sentimento religioso, o consumidor, a fé pública, a administração pública;”. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/2021/Resolucao-n-243-2021.pdf>. Acesso em: 2 de jul. 23.

²⁰⁰ FERNANDES, op. cit., p. 42.

²⁰¹ Leia-se com atenção: “responsabilizado”, não necessariamente condenado ou encarcerado. Entendemos que o termo responsabilização é mais abrangente e permite as mais amplas hipóteses de resposta ao ilícito penal praticado, que vão desde o encarceramento propriamente dito, passando pelas práticas compositivas – transação penal, suspensão condicional do processo, acordo de não persecução penal, sursis – e restaurativas.

e outro a ser lançado para a vítima, a qual o Estado não logrou êxito em protegê-la da prática criminosa. No entanto, é tradição do nosso processo penal, que possui um viés eminentemente retributivo, se ocupar somente do primeiro e esquecer o segundo. Quando o crime acontece, pergunta que nosso sistema jurídico busca responder é somente: o que vamos fazer com o ofensor? Sobre a vítima, a preocupação costuma adormecer.

A prática de um crime, na maior parte das hipóteses, especialmente naqueles mais graves e que causam danos que vão além daqueles meramente patrimoniais, não permite o retorno ao *status a quo*, ou seja, não é possível restaurar o bem jurídico que foi lesionado da vítima.

Inobstante, o Estado, o primeiro responsável pelo crime que foi praticado, na qualidade de tutor da paz social, tem o dever de buscar amenizar o grau de sofrimento da vítima nos mais diversos aspectos: proteção, informação, participação, assistência e reparação. Para o nosso estudo, a reparação é tratada como o mais básico de todos esses direitos, pois compreende tão apenas devolver à vítima, convertendo-se o bem jurídico em pecúnia, aquilo que lhe foi tomado. Quando o Estado falha em promover a recomposição, observa-se claramente que está agindo como o agente revitimador.

A necessidade de o Estado tutelar a vítima da criminalidade e prevenir a vitimização secundária é norma expressa no art. 9º da Diretiva Europeia 2012/29/EU:

A criminalidade representa um dano para a sociedade, bem como uma violação dos direitos individuais das vítimas. Como tal, as vítimas da criminalidade deverão ser reconhecidas e tratadas com respeito, tato e profissionalismo, sem discriminações em razão, designadamente, da raça, da cor, da origem étnica ou social, das características genéticas, da língua, da religião ou das convicções, das opiniões políticas ou outras, da pertença a uma minoria nacional, da riqueza, do nascimento, da deficiência, da idade, do género, da expressão de género, da identidade de género, da orientação sexual, do estatuto de residente ou da saúde. Em todos os contactos estabelecidos com as autoridades competentes no contexto do processo penal, e com quaisquer serviços que entrem em contacto com as vítimas, nomeadamente o serviço de apoio às vítimas e o serviço de justiça restaurativa, devem ter-se em conta a situação pessoal e as necessidades imediatas, a idade, o género, qualquer eventual deficiência e a maturidade das vítimas, no pleno respeito da sua integridade física, mental e moral. As vítimas da criminalidade devem ser protegidas contra a vitimização secundária e repetida, contra a intimidação e a retaliação, e devem beneficiar de apoio adequado para facilitar a sua recuperação e de acesso suficiente à justiça.²⁰²

O abandono da vítima pelo Estado, no caso brasileiro, ocorre nas mais diversificadas esferas. A Resolução nº 40/34 da ONU, que trata sobre a Declaração dos Princípios Básicos de

²⁰² Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32012L0029>. Acesso em: 9 de jul. de 2023.

Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder, afirma que são direitos das vítimas²⁰³:

Acesso à justiça e tratamento equitativo

4. As vítimas devem ser tratadas com compaixão e respeito pela sua dignidade. Têm direito ao acesso às instâncias judiciais e a uma rápida reparação do prejuízo por si sofrido, de acordo com o disposto na legislação nacional.

5. Há que criar e, se necessário, reforçar mecanismos judiciais e administrativos que permitam às vítimas a obtenção de reparação através de procedimentos, oficiais ou oficiosos, que sejam rápidos, equitativos, de baixo custo e acessíveis. As vítimas devem ser informadas dos direitos que lhes são reconhecidos para procurar a obtenção de reparação por estes meios.

6. A capacidade do aparelho judicial e administrativo para responder às necessidades das vítimas deve ser melhorada:

a) Informando as vítimas da sua função e das possibilidades de recurso abertas, das datas e da marcha dos processos e da decisão das suas causas, especialmente quando se trate de crimes graves e quando tenham pedido essas informações;

b) Permitindo que as opiniões e as preocupações das vítimas sejam apresentadas e examinadas nas fases adequadas do processo, quando os seus interesses pessoais estejam em causa, sem prejuízo dos direitos da defesa e no quadro do sistema de justiça penal do país;

c) Prestando às vítimas a assistência adequada ao longo de todo o processo;

d) Tomando medidas para minimizar, tanto quanto possível, as dificuldades encontradas pelas vítimas, proteger a sua vida privada e garantir a sua segurança, bem como a da sua família e a das suas testemunhas, preservando-as de manobras de intimidação e de represálias;

e) Evitando demoras desnecessárias na resolução das causas e na execução das decisões ou sentenças que concedam indemnização às vítimas.

7. Os meios extrajudiciais de solução de diferendos, incluindo a mediação, a arbitragem e as práticas de direito consuetudinário ou as práticas autóctones de justiça, devem ser utilizados, quando se revelem adequados, para facilitar a conciliação e obter a reparação em favor das vítimas.

Obrigação de restituição e de reparação

8. Os autores de crimes ou os terceiros responsáveis pelo seu comportamento devem, se necessário, reparar de forma equitativa o prejuízo causado às vítimas, às suas famílias ou às pessoas a seu cargo. Tal reparação deve incluir a restituição dos bens, uma indemnização pelo prejuízo ou pelas perdas sofridos, o reembolso das despesas feitas como consequência da vitimização, a prestação de serviços e o restabelecimento dos direitos.

9. Os Governos devem reexaminar as respectivas práticas, regulamentos e leis, de modo a fazer da restituição uma sentença possível nos casos penais, para além das outras sanções penais.

10. Em todos os casos em que sejam causados graves danos ao ambiente, a restituição deve incluir, na medida do possível, a reabilitação do ambiente, a reposição das infra-estruturas, a substituição dos equipamentos colectivos e o reembolso das despesas de reinstalação, quando tais danos impliquem o desmembramento de uma comunidade.

11. Quando funcionários ou outras pessoas, agindo a título oficial ou quase oficial, tenham cometido uma infracção penal, as vítimas devem receber a restituição por parte do Estado cujos funcionários ou agentes sejam responsáveis pelos prejuízos sofridos. No caso em que o Governo sob cuja autoridade se verificou o acto ou a omissão na origem da vitimização já não exista, o Estado ou o Governo sucessor deve assegurar a restituição às vítimas.

Indenização

²⁰³ Resolução nº 40/34 da ONU. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/ajus/prev29.htm>. Acesso em: 2 de jul. 2023.

12. Quando não seja possível obter do delinquente ou de outras fontes uma indemnização completa, os Estados devem procurar assegurar uma indemnização financeira:

- a) Às vítimas que tenham sofrido um dano corporal ou um atentado importante à sua integridade física ou mental, como consequência de actos criminosos graves;
- b) À família, em particular às pessoas a cargo das pessoas que tenham falecido ou que tenham sido atingidas por incapacidade física ou mental como consequência da vitimização.

13. Será incentivado o estabelecimento, o reforço e a expansão de fundos nacionais de indemnização às vítimas. De acordo com as necessidades, poderão estabelecer-se outros fundos com tal objectivo, nomeadamente nos casos em que o Estado de nacionalidade da vítima não esteja em condições de indemnizá-la pelo dano sofrido.

Serviços

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.

17. Quando sejam prestados serviços e ajuda às vítimas, deve ser dispensada atenção às que tenham necessidades especiais em razão da natureza do prejuízo sofrido ou de factores tais como os referidos no parágrafo 3, supra. (**grifos nossos**)

Apesar da existência do referido documento de direito internacional, garantindo à vítima a tutela dos seus direitos pelo poder público nas mais diversas vertentes, não é necessário nenhum estudo mais profundo para chegarmos à conclusão de que o Estado brasileiro não cumpre a contento nenhuma dessas diretivas.

É por esse motivo que Ana Sofia Schmidt de Oliveira de longa data já afirma que o estudo da vitimização secundária é mais preocupante que o da vitimização primária, citando vários motivos na sua argumentação:

Vale analisar alguns possíveis motivos pelos quais a vitimização secundária é mais preocupante que a primária. O primeiro deles diz respeito, ao desvio de finalidade: afinal, as instâncias formais de controle social destinam-se a evitar a vitimização. Assim, a vitimização secundária pode trazer uma sensação de desamparo e frustração maior que a vitimização primária (do delinquent, a vítima não esperava ajuda nem empatia). Há que consignar também que a vitimização secundária causa uma grave perda de credibilidade nas instâncias formais de controle social e a vítima não encontra resposta para a pergunta: “em quem confiar?”. Mais um motivo que confere gravidade à vitimização secundária é que a atuação das instâncias formais de controle social, especialmente dos órgãos policiais, depende fundamentalmente da atuação da vítima. A grande maioria dos inquéritos policiais é instaurada em razão de registros de ocorrência feitos pelas vítimas que assumem, depois, relevante papel na obtenção de provas. Assim, a vitimização secundária é, como demonstram as pesquisas de vitimização, em grande parte responsável pelo fenómeno da subnotificação, do qual, foi mencionado acima, o Brasil “é campeão”.²⁰⁴

²⁰⁴ OLIVEIRA, op. cit., p. 113.

Razão assiste à renomada autora, referência no estudo de vítimas em solo nacional. Quando o Estado descumpra com o seu dever de amparar a vítima, ele acaba por entrar em completo descrédito perante a sociedade, pois a vítima, depois de ser afligida pelo ofensor, espera encontrar conforto nos braços da justiça criminal. Quando esta falha, não há mais a quem buscar socorro.

Em nosso caso, objetivamos pesquisar a hipótese de que o mais básico dos direitos, que é a reparação do dano pelo Estado, é negligenciado, o que, antes do estudo a ser promovido no capítulo final, já nos permite concluir em face da omissão inconstitucional que já dura 35 anos do artigo 245 da Constituição da República, que obrigada o poder público a regulamentar o fundo de “assistência aos herdeiros e dependentes carentes de pessoas vitimadas por crime doloso, sem prejuízo da responsabilidade civil do autor do ilícito”. Esse fato, por si só, já é suficiente para atestar o grau de despreocupação do Estado com a vítima criminal.

No campo do acesso à justiça e tratamento equitativo, o Estado é extremamente descompromissado em trazer a vítima para um lugar de conforto durante a persecução penal, desde a fase do cometimento do crime até os ulteriores termos do processo judicial.

A deficiência estatal em receber a pessoa vitimada para comunicar a prática de um crime é um dos principais motivos das cifras ocultas²⁰⁵, definidas como o número de delitos que, por qualquer razão, não são levados ao conhecimento das autoridades, contribuindo para uma estatística distorcida da realidade criminal. São crimes que não chegam sequer ao conhecimento da polícia ou de quaisquer outras autoridades públicas. Quanto mais desenvolvido o país, maior costuma ser a confiança no Estado, o que gera uma cifra oculta em percentual menor. Inversamente, em países subdesenvolvidos, como o Brasil, não existe uma confiança tão sólida no Estado, o que gera cifras ocultas em percentuais maiores.

O método adequado de se consultar as cifras ocultas é através das pesquisas de vitimização, algo que tem sido também negligenciado no nosso país. Nossa única pesquisa nacional de vitimização realizada em toda história do nosso país data de 2013, ou seja, há mais de 10 anos não existe uma preocupação do poder público em atualizar e estudar novos dados sobre vitimização.

A prevenção vitimária tem por premissa inarredável o pleno conhecimento dos fatores de vitimização, do comportamento da vítima e, com salutar importância, das cifras ocultas, ou seja, casos de vitimização não registrados junto às instâncias formais de controle social, uma vez que não há como impedir algo que sequer se conhece. Analisar adequadamente

²⁰⁵ A maior parte da doutrina ainda utiliza a denominação “cifra negra” para a hipótese. No entanto, por se tratar de um termo que carrega um viés racista, preferimos a denominação “cifra oculta”.

os dados que informam o contexto de vitimização em determinada localidade, assim dirigida a determinados grupos ou segmentos sociais, é um passo essencial para o desenvolvimento de uma política criminal orientada para a vítima, pautada pela prevenção. Nesse contexto, as pesquisas de vitimização são de suma importância na busca desses dados.²⁰⁶

A primeira e única realizada no Brasil foi a “Pesquisa Nacional de Vitimização – Questionário SENASP”²⁰⁷ foi realizada pelo instituto de pesquisas Datafolha, entre os anos de 2010 e 2012, e trouxeram dados importantes sobre a vitimização, muito embora estejam provavelmente desatualizados em razão do curso do tempo. Dentre esses dados fornecidos, elaboramos uma tabela destacando as cifras ocultas em diferentes espécies de crimes.

Tabela 1: Cifras ocultas (taxa de subnotificação)

| ESPÉCIE DE CRIME | CIFRA OCULTA (TAXA DE SUBNOTIFICAÇÃO) |
|--|--|
| Ofensa sexual | 97,9% |
| Agressões e ameaças | 81,2% |
| Acidente de trânsito | 66,8% |
| Furto de objetos | 57,9% |
| Furto de veículos | 29,8% |
| Furto de motos, motocicletas e lambretas | 29,3% |
| Roubo de motos, motocicletas e lambretas | 19,3% |
| Sequestro | 14,3% |
| Roubo de veículos | 10,1% |

Fonte: Pesquisa nacional de vitimização – sumário executivo SENASP, de 2010-2012.²⁰⁸

²⁰⁶ MORAN, op. cit., p. 96.

²⁰⁷ DATAFOLHA. Pesquisa nacional de vitimização – sumário executivo SENASP, de 2010-2012. Disponível em: <https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/sua-seguranca/seguranca-publica/analise-e-pesquisa/download/pesquisa-vitimizacao/pnv-estudo-sobre-vitimizacao.pdf>. Acesso em: 11 de out. de 2023.

²⁰⁸ A tabela não consta expressamente da Pesquisa nacional de vitimização – sumário executivo SENASP, mas sim os números. A tabela foi elaborada a partir dos percentuais apresentados nessa pesquisa sobre cada um dos respectivos crimes. DATAFOLHA. Pesquisa nacional de vitimização – sumário executivo SENASP, de 2010-2012. Disponível em: <https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/sua-seguranca/seguranca-publica/analise-e-pesquisa/download/pesquisa-vitimizacao/pnv-estudo-sobre-vitimizacao.pdf>. Acesso em: 11 de out. de 2023.

Percebe-se que, quanto maior o risco de vitimização relacionado à espécie de crime, maior também é a taxa de subnotificação que, nos casos de crimes sexuais, chega à lamentável marca de 97,9%. Ou seja, de todas as pessoas que sofreram um crime sexual, apenas 2,1% decidiram levar o fato ao conhecimento das autoridades, o que reflete que, dentre outras hipóteses que podem ter levado à referida subnotificação, a população brasileira teme a vitimização secundária pelas instâncias de controle social.

À título de exemplo, imagine que um turista estava passeando à beira da praia, em um trecho ermo do litoral, num fim de tarde, quando é surpreendido por um assaltante, que lhe toma o seu aparelho de telefone celular. Imediatamente após o fato, ele procura a polícia para registrar a ocorrência e, ao tomar o seu depoimento, a autoridade policial lhe faz uma série de perguntas que, ao seu ver, não fazem muito sentido, como: “você havia ingerido bebidas alcoólicas quando encontrou com o assaltante?”, “você já conhecia ou assaltante?”, “já tiveram algum tipo de relacionamento?”, “o que você fazia fim de tarde da praia?”, “você costuma ser assaltado quando você bebe?”, “você tem certeza de que você não entregou o seu celular voluntariamente para o ladrão?”. Embora essa linha de tomada de depoimento da vítima pareça um tanto quanto estranho, num exercício de abstração, troque o turista que teve ser celular assaltado para uma mulher que foi estuprada na mesma ocasião. Essas são perguntas que são frequentemente formuladas para mulheres vítimas de crimes sexuais e não só pela polícia, mas também em Juízo, por Magistrados, Advogados, Defensores Públicos e Promotores de Justiça.

Em razão de constantes casos de vitimização secundária que ganharam audiência na mídia, o Congresso Nacional editou a Lei nº 14.245/2021,²⁰⁹ denominada “Lei Mariana Ferrer”, que tem por principal escopo prevenir que a vítima seja violentada durante as audiências em processos judiciais. O nome da lei deriva de uma vítima de crime sexual que teve sua intimidade e vida privada completamente levadas à tona de forma completamente pejorativa, machista e ultrajante, durante uma audiência de instrução e julgamento pelo advogado de defesa do acusado, tudo perante um Juiz e um Promotor de Justiça que silenciaram à violência praticada²¹⁰.

²⁰⁹ A referida Lei alterou o CPP para modificar o art. 400-A (que trata sobre ao procedimento comum ordinário), o art. 474-A (que diz respeito ao procedimento do júri) e o art. 81-A, §1º-A (que versa sobre o procedimento nos juizados especiais criminais), para estabelecer que “Na audiência de instrução e julgamento, e, em especial, nas que apurem crimes contra a dignidade sexual, todas as partes e demais sujeitos processuais presentes no ato deverão zelar pela integridade física e psicológica da vítima, sob pena de responsabilização civil, penal e administrativa, cabendo ao juiz garantir o cumprimento do disposto neste artigo, vedadas: I - a manifestação sobre circunstâncias ou elementos alheios aos fatos objeto de apuração nos autos; II - a utilização de linguagem, de informações ou de material que ofendam a dignidade da vítima ou de testemunhas”.

²¹⁰ Algumas das frases utilizadas pelo causídico: "Peço a Deus que meu filho não encontre uma mulher como você. Teu showzinho você vai lá dar no teu Instagram, para ganhar mais seguidores. Você vive disso."; "Tu trabalhava no café, perdeu emprego, está com aluguel atrasado sete meses, era uma desconhecida. É seu ganha-pão a desgraça

O resultado do processo foi a absolvição do réu. Entretanto, há que se deixar claro que a atenção e a tutela à vítima no processo criminal independem do seu resultado, posto que deriva da sua simples posição processual. Ou seja, mesmo a sentença tendo absolvido o réu por falta de provas, o respeito à vítima é imperioso pelo simples fato de estar no processo na posição de vítima. Reforçando esse pensamento, a Lei nº 14.245/2021 levou o nome da referida vítima, mesmo após a sentença criminal absolutória.

Os atores da persecução penal – Magistrados, Ministério Público, Polícia Civil, Penal e Militar, Defensoria Pública e Advocacia - são preparados pela ótica de um direito penal clássico e retributivo, onde se busca colher indícios de autoria e prova da materialidade para possibilitar uma condenação, em um sistema em que comumente a vítima é esquecida, se transmudando como uma fonte de prova testemunhal, quando, em verdade, ela é a razão da ciência criminal, pois é a legítima proprietária do bem jurídico que foi violado pela lei penal. Ela, a vítima, é a principal interessada na restauração, na reconstrução, na reparação dos prejuízos ao seu bem jurídico.²¹¹

Oliveira destaca que a ótica acima descrita não é algo que se observa apenas no cenário nacional. Aduz a autora:

Cumprir dizer que o fenômeno da vitimização secundária não é característico de nenhum sistema em especial, tanto que seu estudo faz parte dos temas abordados pela doutrina internacional. Resulta, especialmente, de um sistema penal voltado para a repressão e apuração do crime, da falta de formação vitimológica de seus agentes e, por último, mas não menos importante, da escassez de estrutura material e humana. Funcionários desestimulados, burocráticos e abarbadados, é claro, só terão uma atitude de empatia com a vítima por algum mérito pessoal, pois que tais atitudes não são incentivadas pelo sistema.²¹²

dos outros"; "Essa foto extraída de um site de um fotógrafo, onde a única foto chupando o dedinho é essa aqui, e com posições ginecológicas.". Sobre o assunto, conferir matéria no canal BBC. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-54803352>. Acesso em: 2 de jul. de 2023.

²¹¹ Sobre esse assunto, o art. 53 Diretiva Europeia 2012/29/EU dispõe: "O risco de que a vítima seja objeto de vitimização secundária e repetida, de intimidação e de retaliação, quer da responsabilidade do autor do crime quer em resultado da sua participação no processo penal, deve ser limitado organizando o processo de forma coordenada e respeitosa, que permita à vítima confiar nas autoridades. A interação com as autoridades competentes deve ser facilitada tanto quanto possível, limitando simultaneamente o número de contactos desnecessários entre as autoridades e as vítimas, nomeadamente recorrendo a videogravações das inquirições e autorizando a sua utilização nas audiências. Os membros das profissões jurídicas devem ter à sua disposição o mais vasto leque possível de medidas destinadas a evitar situações penosas para as vítimas durante as audiências, especialmente em consequência de contactos visuais com o autor do crime, com a família deste último, com os seus cúmplices ou com membros do público. Para o efeito, os Estados-Membros devem ser incentivados a introduzir, especialmente no que diz respeito a tribunais e a postos de polícia, medidas exequíveis e práticas que prevejam, por exemplo, a existência de entradas e zonas de espera separadas reservadas às vítimas. Além disso, os Estados-Membros devem programar, na medida do possível, o processo penal de forma a evitar contactos entre as vítimas e os seus familiares, por um lado, e o autor do crime, por outro, convocando, por exemplo, a vítima e o autor do crime para audiências em momentos diferentes". Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32012L0029>. Acesso em: 9 de jul. de 2023.

²¹² OLIVEIRA, op. cit., p. 114.

Ocorre que, muito embora o fenômeno, como aduz a autora, não ser algo exclusivo do cenário nacional, apenas recentemente, como veremos com maior profundidade no próximo capítulo, é que o Estado brasileiro vem buscando, a passos extremamente lentos, conferir um tratamento mais humanizado à vítima, que ainda carece da atenção no nosso sistema jurídico, tanto no campo material quanto processual.

3.3.3 *Vitimização terciária*

Finalmente, chegamos à última espécie, a vitimização terciária, conceito que é bastante discutido na doutrina, que tem caminhado por diferentes vieses para conceituá-lo. Não existe, pois, uma uniformidade de tratamento quanto a uma definição, de forma que, sem exaurir toda as possibilidades, iremos expor as compreensões mais difundidas pelos estudiosos do tema.

Nesse assunto, Anderson Burke trata uma classificação que acaba por encerrar grande parte das discussões doutrinárias. O autor afirma que a vitimização terciária pode ocorrer a partir de três formas: a) vitimização terciária com substância primária ao agressor; b) vitimização terciária propriamente dita ao ofendido; c) vitimização terciária propriamente dita ao agressor.²¹³

Pela *vitimização terciária com substância primária ao agressor* compreende-se processo de estigmatização imposta pelas instâncias formais de controle social a que é submetida o próprio autor do delito que, em razão do tratamento excessivo que lhe é conferido pelo Estado, acaba lhe vitimizandando através de um sofrimento desproporcional como resposta ao mal que ele causou com o delito que praticou. É nesse sentido que Shecaira entende que se conceitua a vítima terciária:

Já a vítima terciária é aquela que, mesmo possuindo um envolvimento com o fato delituoso, tem um sofrimento excessivo, além daquele determinado pela lei do país. É o acusado de estupro que sofre sevícias, tortura e outros tipos de violência (às vezes dos próprios pressos), ou que responde a processos que evidentemente não lhe deveriam ser imputados (ex: caso da *Escola Base*).²¹⁴

Nessa esteira, ainda que existam fundados indícios de culpa, e mesmo que esta seja posteriormente materializada por meio de uma sentença penal condenatória transitada em julgado, é dever do Estado oferecer ao acusado uma persecução penal hígida, regular, sem

²¹³ BURKE, op. cit., p. 82-86.

²¹⁴ SHECAIRA, op. cit., p. 56.

excessos ou autoritarismos. A partir do momento em que se ultrapassam os limites legais e constitucionais do processo, ocasionando ao autor do delito violações à sua integridade física e psicológica, como, por exemplo, através da prática de lesões corporais, emocionais ou por meio de tortura, dentre outras hipóteses, aquele que está na posição de investigado ou acusado também acaba se convertendo como vítima.

Também não é raro que o nosso sistema de justiça criminal converta os autores de delitos, inclusive aqueles cuja culpa sequer foi formada mediante sentença penal, em vítimas, inflacionando a métrica de vitimização no cenário nacional. Isso pode acontecer durante três diferentes momentos: durante a investigação, no decorrer do processo judicial e no tocante à execução de sua pena, provisória ou definitiva.

A investigação criminal, potencializada pela mídia, que muitas vezes exige respostas rápidas e autores imediatos, acaba por muitas vezes provocar a vitimização de pessoas inocentes, submetendo-os a processos irreversíveis de punição que em muitas vezes são até mais duros que a própria resposta criminal.

Um exemplo emblemático foi o caso da Escola Base. Em 1994, o casal Icushiro Shimada e Maria Aparecida Shimada, donos da Escola de Educação Infantil Base, e alguns outros funcionários, foram acusados injustamente de abusar sexualmente de alunos. A mídia se apressou em evidenciar os supostos culpados, com reportagens e matérias sensacionalistas que expunham os suspeitos, sem que existissem provas suficientes para evidenciar algum envolvimento. Com o decorrer das investigações, chegou-se à conclusão de que as pessoas então suspeitas eram inocentes, e o inquérito policial foi arquivado. As provas da inocência, entretanto, não encontraram na mídia a igual intensidade de veiculação das suspeitas iniciais. Os supostos autores do delito, que se converteram em vítimas, tiveram a seu favor arbitradas indenizações milionárias, mas que não foram capazes de recompor as perdas que sofreram, uma vez que suas reputações estavam completamente devastadas. Eles jamais conseguiram retomar o curso normal de suas vidas: perderam seus empregos, passaram a sofrer de doenças como estresse, fobia e cardiopatia e foram isoladas da comunidade, e a escola fechou.²¹⁵ Em 2007, Maria Aparecida Shimada morreu de câncer e, em 2014, seu marido morreu de infarto, em sua casa em São Paulo (ele já tinha sofrido um infarto do miocárdio em 1994). Detalhe: eles ainda aguardavam o pagamento de algumas indenizações.²¹⁶

²¹⁵ Para aprofundar o assunto, sugerimos a leitura do artigo “Das telas do cinema à vida real: depoimento infantil e falsas memórias”, de Letícia Furtado. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/das-telas-do-cinema-a-vida-real-depoimento-infantil-e-falsas-memorias/>. Acesso em: 9 de jul. de 2023.

²¹⁶ Wikipedia. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Caso_Escola_Base. Acesso em: 9 de jul. de 2023.

Quando é imputada a prática de uma infração penal de forma negligente e precária a uma determinada pessoa, sem que existam indícios sólidos e convincentes de autoria e materialidade, a dor de estar na posição de provável autor de um determinado crime pode causar manchas à honra e à reputação que a reparação dos danos causados é incapaz de a redimir.

Noutro giro, como já afirmado, ainda que culpada pelo delito investigado/processado, é direito da pessoa ser submetida a um processo penal hígido, regular, sem excessos. É o que a Constituição da República de 1988 denominou de *devido processo legal*, direito fundamental estampado no art. 5º, inciso LIV da Carta Magna, o que compreende uma séria de aspectos, como: o de ser processado por autoridade competente determinado por regras prévias de competência²¹⁷; o de falar e ser ouvido, tanto na esfera judicial como a extrajudicial²¹⁸; o de ter sua culpa apurada em um processo que obedeça a critérios regulares de produção probatória²¹⁹; o de ser processado por tempo razoável, sem duração excessiva²²⁰; o de ter sua inocência presumida no decorrer do processo²²¹; não ser torturado ou submetido a tratamento desumano ou degradante²²²; dentre tantos outros direitos e garantias fundamentais relacionadas ao processo.

Assim, ainda que uma pessoa seja culpada, não é dado ao Estado a possibilidade de promover uma persecução penal arbitrária em desrespeito aos direitos e garantias fundamentais impostas aos acusados. Nesse sentido, lecionam Aury Lopes Junior e Alexandre Morais da Rosa²²³:

Pensamos que a premissa é: *no processo penal, forma é garantia*. Se há um modelo ou uma forma prevista em lei, e que foi desrespeitado, o lógico é que tal atipicidade gere prejuízo, sob pena de se admitir que o legislador tenha criado uma formalidade por puro amor à forma, despida de maior sentido. A categoria 'prejuízo', além de ser uma errônea importação do processo civil, é uma categoria vazia, conceito vago, impreciso e indeterminado, que vai encontrar seu preenchimento semântico naquilo que quiser o interprete-julgador. Portanto, constitui um trampolim para o decisionismo antidemocrático, na medida em que um processo somente será nulo quando, como e

²¹⁷ Constituição da República de 1988. Artigo 5º, inciso XXXVII – não haverá juízo ou tribunal de exceção; LIII – ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente.

²¹⁸ Constituição da República de 1988. Artigo 5º, inciso LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

²¹⁹ Constituição da República de 1988. Artigo 5º, inciso LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

²²⁰ Constituição da República de 1988. Artigo 5º, inciso LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

²²¹ Constituição da República de 1988. Artigo 5º, inciso LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

²²² Constituição da República de 1988. Artigo 5º, inciso III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

²²³ LOPES JUNIOR, Aury; DA ROSA, Alexandre Morais. **Toda a forma de violação do fair play deve ser punida**. 2020. Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-24/limite-penal-toda-forma-violacao-fair-play-punida#author>. Acesso em: 9 de jul. de 2023.

para quem quiser o julgador. Tal cenário é ainda agravado pela mitigação autoritária da contaminação, através de um estancamento de atos, como se isso fosse possível, desconsiderando uma lição básica de Fazzalari de que todos os atos procedimentais miram o provimento final e de que a validade de um ato pressupõe a validade do antecedente e é condicionante da validade do precedente. Enfim, nunca foi tão importante compreender que punir é necessário e também civilizatório, mas não a qualquer preço, não violando regras do jogo.

Sobre o assunto, há tempos já ensinada Francesco Carnelluti²²⁴:

Que o juízo penal é um mal para quem o sofre e que, por isso, lhe ocasiona um sofrimento, no que está um caráter necessário, já que não suficiente da pena, é uma primeira verdade manifesta. Só se deve acrescentar que, em certos casos e pontualmente para certas pessoas, este sofrimento, com frequência de longa duração, é mais grave que o que possa sê-lo o ocasionando no caso de condenação, pela pena com a mesma determinada; tanto mais se esta é leve, o peso da condenação ou, em geral, do processo a excede: se pudessem, quantas pessoas quereriam pagar uma multa ou sofrer a reclusão sem ser condenadas, antes que ser condenadas sem sofrer qualquer pena!

[...]

Sob este aspecto, ilumina-se o sumo valor do juízo penal, o qual não serve para comprovar o delito somente, mas ao mesmo tempo para castigá-lo, constituindo, com frequência, o seu mais grave ou até o seu único castigo.

Além disso, temos aqueles casos de autores de crime que estão submetidos ao famigerado sistema penitenciário nacional, de forma provisória ou definitiva, o que compreende, de forma notória, a uma das maiores mazelas que o ser humano pode estar submetido. Por mais grave o crime que tenha sido praticado, é dever do Estado, nos termos do art. 1º da Lei de Execução Penal, efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal, que tem como função proporcionar condições harmônicas ao condenado para sua integração social.

Entretanto, percebemos que os presídios nacionais são verdadeiros depósitos humanos, para onde o Estado remete o executado, sem que haja preocupação com padrões mínimos de dignidade da pessoa humana. Muito mais distante está o fornecimento de ferramentas aptas para a sua ressocialização.

O cumprimento de pena no sistema carcerário brasileiro é excessivo e, muitas vezes, escatológico, o que somente retroalimenta o ciclo da violência através da submissão das pessoas encarceradas aos mais diversos graus de vitimização. A função de ressocialização acaba esvaziada e substituída por fábricas de delinquência, em que pessoas saem das penitenciárias mais qualificadas para sacrificar novas vítimas e nutridas de ódio e rancor pelo mal que lhes provocou o sistema prisional.

Para Antonio Beristain, a vitimização terciária decorre de um processo de estigmatização do acusado. Aduz o autor:

²²⁴ CARNELUTTI, op. cit., p. 81.

A respeito da vitimação terciária, limitamo-nos a recordar que, às vezes, emerge como resultado das vivências e dos processos de atribuição e rotulação, como consequência ou “valor acrescentado” das vitimações primária e secundária precedentes. Quando alguém, por exemplo, consciente de sua vitimação primária ou secundária, avoca um resultado, em certo sentido, paradoxalmente bem-sucedido (fama nos meios de comunicação, aplauso de grupos extremistas, etc.), deduz que lhe convém aceitar essa nova imagem de si mesmo(a), e decide, por meio desse papel, vingar-se das injustiças sofridas e de seus vitimadores (legais, às vezes). Para vingar-se, se autodefine e atua como delinqüente, como viciado em drogas, como prostituta. Talvez a biografia de alguns mártires e santos possa ilustrar, com novas luzes e novas valorizações, a relação e o paralelismo que necessitam de profunda revisão entre vítimas, heróis e canonizados. Convém estudar mais a possível relação entre certos martírios e a vitimação terciária. Entre a pessoa heróica ou canonizada e a vítima terciária, podem ocorrer não poucos pontos comuns. Tão difícil é sair do círculo virtuoso como do vicioso.

Já para Ezzat Abdel Fattah, a vitimização terciária se relaciona à vitimização difusa, que se estende para a comunidade e inclui ofensas contra a ordem pública, harmonia social ou contra o governo.²²⁵

Na segunda hipótese da classificação trazido por Burke, temos a *vitimização terciária propriamente dita ao ofendido*, que se caracteriza pelos danos que a vítima sofre não mais a partir da conduta do agressor ou pelos danos causados pelo Estado, mas como resultado de uma ofensa ao seu bem jurídico que é causada pela própria comunidade em que vive.

Trata-se de um conceito relacionado à reação da sociedade – ou mesmo pela família, amigos, colegas de trabalho etc. – frente ao crime ocorrido, da qual pode decorrer um processo de “julgamento” e até mesmo de culpabilização da vítima, que transcende ao âmbito policial ou forense. A própria comunidade em que a vítima vive, e que deveria lhe acolher, é a responsável por lhe revitimizar por meio de comentários impertinentes, tratando-a como “perdedora” de uma disputa de poder travada com o seu agressor. É um processo intuitivo ligado à condição de vítima na própria dinâmica do crime, bem como o fenômeno de autodefesa frente a dor que se experimenta diante do relato de uma experiência vitimizadora.²²⁶

Exemplos não nos faltam para descrever essa compreensão de vitimização terciária, mas uma bastante emblemática pode retratar como, em decorrência de um mesmo fato, à vítima podem ser impostas os três graus de vitimização: primária, secundária e terciária. No ano de 2020, ganhou o noticiário o caso de uma criança de apenas 10 anos de idade, que residia na cidade de São Mateus, no Espírito Santo, que havia sido estuprada por seu tio, e do crime resultou uma indesejada gravidez.

²²⁵ FATTAH, 1991, p. 13, apud MORAN, op. cit., p. 118.

²²⁶ Ibid., p. 120.

Como é sabido, a interrupção de gravidez resultante de estupro é uma hipótese legal de aborto previsto no art. 128, inciso II, do Código Penal, que é classificado pela doutrina como aborto moral, sentimental, humanitário ou piedoso. Inobstante a doutrina majoritária²²⁷ e a jurisprudência dos tribunais superiores entenderem, de forma harmônica, que nestes casos não é necessário autorização judicial, o hospital estadual para onde a vítima foi encaminhada se negou a realizar o procedimento, sendo necessário que a vítima se deslocasse à cidade de Recife/PE para realizar a cirurgia. Em que pese os processos e investigações dessa espécie correrem sem segredo de justiça, o nome da vítima e o hospital em que estava foram vazados, e uma multidão de pessoas tomou as ruas logo em frente do quarto onde a criança estava internada: eram grupos conservadores, contrários à realização de aborto, que conclamavam que à família que a gravidez não fosse interrompida, inclusive muitas delas direcionando palavras extremamente ultrajantes, como “assassinos”. A Procuradoria-Geral da República investigou o envolvimento no episódio, inclusive, da então Ministra Damares Alves, titular da pasta da Mulher, Família e dos Direitos Humanos²²⁸.

Analisando o referido caso, observamos que, num primeiro momento, o Estado falhou, porque não conseguiu impedir que um crime grave fosse cometido contra uma criança, que gerou, inclusive, a gravidez indevida, acarretando a vitimização primária. Sem embargo do equívoco inicial, o Estado falha uma segunda vez, pois não consegue oferecer adequadamente, de forma célere e eficiente, a realização do aborto legalmente permitido, o que resulta na vitimização secundária. E, por fim, a própria sociedade, que deveria acolher a vítima, acaba se voltando contra ela, que é culpabilizada por violar valores morais de uma parcela da população. É o panorama de vitimização terciária propriamente dita ao ofendido a qual descreve Anderson Burke²²⁹:

É imprescindível a atenção para a realidade de que o ofendido violado e consternado pela vitimização primária é novamente oprimido pela vitimização secundária no âmbito policial e judicial pelos agentes estatais, e, na sua última esperança de amparo para o acalento dos danos psicológicos ou pecuniários por parte de seus familiares e amigos, é novamente objeto de um novo fenômeno de vitimização, qual seja, a terciária, esta que do mesmo modo que as outras espécies anteriores discutidas, potencializam os danos aos bens jurídicos decorrentes da conduta criminosa que sofreu, seja por indiferença, incompreensão, preconceito ou julgamento dos seus consanguíneos e afins.

²²⁸ O caso pode ser remorado por uma série de reportagens que foram veiculadas nos noticiários à época, dos quais destacamos: <https://g1.globo.com/es/espírito-santo/noticia/2020/08/08/menina-de-10-anos-engravidadepois-de-ser-estuprada-em-sao-mateus-es.ghtml>; <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/11/09/pgr-apura-se-ministra-damares-tentou-impedir-aborto-de-menina-de-10-anos-no-es.ghtml>; <https://g1.globo.com/pa/para/noticia/2022/10/13/damares-nao-apresenta-provas-e-diz-ter-ouvido-nas-ruas-denuncias-sobre-estupro-e-trafico-de-criancas-no-marajo.ghtml>. Acesso em: 9 de jul. de 2023.

²²⁹ BURKE, op. cit., p. 86.

Finalmente, temos a *vitimização terciária propriamente dita ao agressor*, que se configura através do processo de estigmatização social àquele que é submetido ao cárcere, quer de forma provisória ou definitiva, que sofre uma rotulação e passa a ser desprezado pela sociedade, pela família, pelo mercado de trabalho, entre outros. Aquela pessoa que já transitou pelos cárceres, ainda que já tenha cumprido sua dívida com a justiça, acaba sofrendo uma série de dificuldades em razão da estigmatização que o cárcere lhe impôs, prejudicando o seu processo de reeducação e ressocialização.

3.4 A vitimização difusa ou virtual

Usualmente, a prática de um crime está diretamente relacionada com um dano que tem por titular uma vítima determinada, concreta, individualizada. Entretanto, nem sempre esse fenômeno ocorre dessa forma exata, em especial na atualidade, em que cada vez mais emerge com intensidade de progressão geométrica o fenômeno da globalização e a necessidade de tutela de bens jurídicos de terceira geração, de titularidade coletiva.

São agressões de bens jurídicos de interesse comum e social, como o meio ambiente, a saúde, a economia, o patrimônio e a segurança pública, de natureza essencialmente difusa e indivisível, pertencentes a toda a coletividade. Por isso, as vítimas desses crimes também costumam ser chamadas de *difusas*²³⁰, como também de *vítimas virtuais ou potenciais*.

Na doutrina penal tradicional, essa espécie de delito é chamada de *crime vago*, que tem por sujeito passivo a coletividade. Alguns autores costumam também chamar essa espécie

²³⁰ Há doutrina que diferencia as vítimas difusas e coletivas, tal como acontece na teoria dos direitos difusos e coletivos. Essa distinção residiria na possibilidade de a vítima, mesmo que indeterminada, pode ser objeto de determinação. Em ambos os casos, a vítima *não é determinada*, mas, em alguns casos, ela pode ser *determinável*. Assim, quando ela for determinável, denomina-se vítima *coletiva*; noutro giro, na hipótese de não ser possível, tem-se a vítima *difusa*. Por todos, CÂMARA aplica essa distinção. CÂMARA, Guilherme Costa. **Programa de política criminal: orientado para a vítima do crime**. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 127. Entretanto, não concordamos com a transposição que o autor faz de conceitos do processo coletivo para o Direito Penal. Naquela esfera jurídica, temos um conceito legal impossível de ser transportado para a seara penal, que está descrito no art. 82, II do Código de Defesa do Consumidor: “Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base (...);”. A irrisignação com a referida classificação vem do fato de que, no direito civil, é possível definir com clareza o que entende por “*de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base*”. Já para o Direito Penal, essa expressão se torna inservível, de forma que não dá para diferenciar com clareza as hipóteses de *vítimas indeterminadas determináveis e não determináveis*, razão pela qual há de se manter apenas, ao nosso ver, a classificação doutrinária majoritária que simplifica a expressão apenas como *vítimas difusas*.

de delito de *crimes sem vítima*. Entretanto, é necessário ter muita cautela com a abstração no tratamento dessas espécies de crimes, principalmente no que pertine a denominá-los de forma absolutamente equivocada de “crimes sem vítima”, o que expressa uma tendenciosa noção de que o Direito Penal está atingindo autores sem que haja qualquer concretude delituosa em seu comportamento, vide a inexistência de qualquer pessoa individualmente vitimada no caso concreto. Essa compreensão equivocada não pode subsistir.²³¹

Aqui, a inexistência de uma vítima concreta é apenas aparente. Nos dizeres de Piedade Junior, “Crimes significa destruição, em grau de consumação ou tentativa, de um bem juridicamente tutelado. Seria impossível supor-se a destruição de um bem jurídico sem que houvesse um titular desse bem”²³². Assim, direta ou indiretamente, podemos concluir que todo delito traz ínsito em sua composição uma vítima, ainda que difusa ou meramente potencial.

Certamente, impulsionado pelo fenômeno da globalização, os dias atuais inflacionaram o rol desses crimes, o que não significa, entretanto, em necessariamente reconhecer nesse fato uma hipertrofia do Direito Penal. É que, atualmente, se observam certas tendências delitivas que encontraram no atual estágio das relações sociais um terreno extremamente fértil para se proliferar, como, por exemplo, os crimes contra a economia, o sistema financeiro, as relações de consumo, o meio ambiente, a saúde pública, entre outros diversos exemplos²³³.

²³¹ Alguns autores expressão os crimes que estão sob essa classificação como componentes de um Direito Penal secundário. Sobre o assunto, Figueiredo Dias afirma que “de um ponto de vista jurídico-formal, direito penal secundário é o conjunto de normas de natureza punitiva que constituem objeto de legislação extravagante e contém, na sua generalidade, o sancionamento de ordenações de caráter administrativo. (...) O direito penal secundário é campo por excelência de incriminações condicionadas em alta medida por exigências espaço-temporalmente bem definidas. Exigências que, visando sancionar a violação da ordem jurídico-administrativa estadual, reenviam em regra para esta no que toca à determinação — eminentemente mutável — do seu conteúdo, constituindo por isso com frequência normas penais em branco.” DIAS, Jorge de Figueiredo. **Para uma dogmática do direito penal secundário**. Um contributo para a reforma do direito penal económico e social português. Direito e Justiça, v. 4, 1989, p. 19.

²³² PIEDADE JUNIOR, op. cit., p. 69.

²³³ Apenas para exemplificar e facilitar a compreensão do leitor, sem que, obviamente, tenhamos nenhuma ambição de esgotar o imenso rol de crimes que podem se encontrar sob essa classificação, podemos citar: a) crime de organização criminosa - art. 2º da Lei nº 12.850/13, *in verbis*: “Art. 2º Promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa: Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas”; b) crime de tráfico de drogas – art. 33 da Lei nº 11.343/06. “Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias -multa.”; c) crime contra o sistema financeiro nacional do art. 3º da Lei nº 7.492/86: “Art. 3º Divulgar informação falsa ou prejudicialmente incompleta sobre instituição financeira: Pena - Reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.”; d) crime ambiental do art. 29 da Lei nº 9.605/98: “Art. 29. Matar, perseguir, caçar, apanhar, utilizar espécimes da fauna silvestre, nativos ou em rota migratória, sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente, ou em desacordo com a obtida: Pena - detenção de seis meses a um ano, e multa.”; e) crime contra a ordem tributária do art. 1º da Lei nº 8.137/90: “Art.

São espécies de crimes que ofendem toda uma coletividade concretamente, porém não é possível aferir quantitativamente o grau de lesão que cada sujeito sofre com essa conduta. Não há dúvidas que muitos desses crimes possuem uma gravidade maior que crimes praticados contra vítimas individualizáveis.

Sobre o assunto, cumpre colacionar a opinião de Câmara:

Segundo é nosso entender, o Direito penal deve voltar-se tanto para uma vítima virtual ou potencial (prevenção do crime), como não menos intensidade, para as vítimas concretas – neste caso, buscando, especialmente, ampliar os caminhos pelos quais possa obter uma efetiva reparação dos danos -, algo que não significa nem implica desconhecer o medo da vítima virtual, acicatado por crescentes sentimentos de (in)segurança, decorrentes da progressiva percepção de que vivemos em um mundo instável e volátil (aliás, já se afirmou com acerto que “*medo e insegurança tornaram-se temas do século XX*”), pode gerar uma discursividade política simbólica e passional, algo que decerto deve ser evitado e combatido.²³⁴

A proteção de bens supraindividuais não só tem sido admitida, mas também considerada como valor de superior dimensão até mesmo pela doutrina que costuma defender um Direito Penal mínimo. Reconhece-se que existem zonas socialmente nocivas, notadamente a criminalidade econômica, crimes contra o meio ambiente, criminalidade política dos detentores de poder, crime organizado) que precisam ser atraídas para as malhas do Direito Penal, porquanto em muitos casos socialmente mais danosas²³⁵.

Tome-se por exemplo o caso do crime de organização criminosa²³⁶. Não existem dúvidas de que se trata de um delito envolto de uma gravidade evidente, que está relacionado, em geral, com outros delitos também gravíssimos, como tráfico de drogas, corrupção, crimes de colarinho branco, todos também que, em geral, não encontram vítimas determinadas, mas atingem toda uma coletividade de pessoas com tamanha intensidade que não há como cogitar que tais tipos poderiam ser eliminados em prol da *ultima ratio* do Direito Penal.

Também adentram o cenário dos crimes sem vítima aqueles tipos penais classificados doutrinariamente como *crimes de mera conduta ou perigo abstrato*, ou seja, são tipos que não se importam com a produção de um resultado naturalístico contra uma vítima

1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas: (...) Pena - reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.”

²³⁴ CÂMARA, op. cit., p. 115.

²³⁵ Ibid., p. 116-117

²³⁶ É o crime previsto no art. 2º da Lei nº 12.850/13, *in verbis*: “Art. 2º Promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa: Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas”.

individual, pois a lei penal entendeu que a mera prática da ação, por si só, expressa o ato contrário ao direito penal merecedor de sanção.²³⁷

Sobre os crimes de perigo abstrato, também é necessário tecer algumas considerações sobre a questão da macrocriminalidade e a macrovitimização, duas faces de uma mesma moeda, que estão relacionadas à violência (em sentido amplo, não meramente físico-corporal) coletiva. Como já dissemos, há determinadas espécies de crimes que se caracterizam por ocasionar uma quantidade notável de vítimas, determináveis (vitimização coletiva) ou não (vitimização difusa) como ocorre, por exemplo, com o terrorismo, formas intensas de criminalidade econômica, crime organizado, ambientais etc. Essas formas de criminalidade têm algumas características em comum que permitem que, de forma excepcional, sejam manejados tipos penais através da técnica do perigo abstrato:

- a) Promovem uma difusa ameaça sob o corpo social;
- b) Geram uma profunda desordem e inquietude na sociedade;
- c) Comparecem, em regra, uma pluralidade de autores e, sobretudo, de vítimas;
- d) As vítimas se encontram indefesas.²³⁸

Existe, nesses casos, uma forte tendência do contemporânea de política criminal no sentido de enfatizar a finalidade preventiva-geral do Direito Penal, em especial a chamada prevenção especial positiva ou de integração, preponderando a ideia de que evitar que vítimas virtuais ou potenciais se trasmudem para vítimas reais, assumindo um novo papel não desejado pelo sistema criminal.²³⁹

É preciso apontar, entretanto, uma aceção dos chamados *crimes sem vítima* que, de fato, estão abertos a serem objeto de questionamento quando se pretende que o Direito Penal seja orientado como a *ultima ratio*. São aqueles denominados *crimes consensuais*, onde o indivíduo que viola a lei não causa nenhuma lesão ou danos a uma outra pessoa, mas é julgado pela sociedade pelo bem ou mal que aquela sua conduta pode ocasionar a si próprio ou de se conformar a um padrão de comportamento moral eleito²⁴⁰. São *crimes sem vítima* porque não

²³⁷ Exemplos desses tipos de sanção são alguns crimes do Código de Trânsito Brasileiro (ex: Art. 309. Dirigir veículo automotor, em via pública, sem a devida Permissão para Dirigir ou Habilitação ou, ainda, se cassado o direito de dirigir, gerando perigo de dano: Penas - detenção, de seis meses a um ano, ou multa) e crimes do Estatuto do Desarmamento (ex: Art. 12. Possuir ou manter sob sua guarda arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, em desacordo com determinação legal ou regulamentar, no interior de sua residência ou dependência desta, ou, ainda no seu local de trabalho, desde que seja o titular ou o responsável legal do estabelecimento ou empresa: Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa).

²³⁸ CÂMARA, op. cit., p. 127.

²³⁹ Ibid., p. 125.

²⁴⁰ A moral pode ser considerada o bem jurídico? Zaffaroni e Pierangeli respondem negativamente. Aduzem os autores: “Sob nenhum ponto de vista a moral em sentido estrito pode ser considerada um bem jurídico. A ‘moral pública’ é um sentimento de pudor, que se supõe ter o direito de tê-la, e que é bom que a população a tenha, mas

causam qualquer prejuízo a terceiros, determinados ou indeterminados, e é incontroverso que uma pessoa não pode ser vítima de si mesma.²⁴¹

Pode-se elencar como inserido nessa classificação, por exemplo, o tipo penal do art. 28 da Lei nº 11.343/06, que se refere ao crime de uso de drogas²⁴², bem como o crime de bigamia, expresso no art. 235 do Código Penal²⁴³.

Sobre o tema, ensina Brown²⁴⁴:

Há um grupo de delitos que se enquadram na categoria de crimes sem vítimas (Schur, 1965). Sua característica comum é que envolvem participação consensual, ou seja, as partes do evento ilícito se envolvem no comportamento voluntariamente. Nenhum participante reclama do que ocorre. É o Estado, na forma do direito penal, que opõe e penaliza os flagrados em tal comportamento.

(...)

Aqueles que acreditam que o rol de crimes sem vítimas deve ser reduzido ou eliminado argumentam que um traço essencial de uma democracia é que ela estende a liberdade a todos os cidadãos, desde que essa liberdade não infrinja a liberdade equivalente de outras pessoas. Aqueles que defendem essa visão afirmam que os crimes sem vítimas são proibidos principalmente por motivos religiosos. A prostituição viola os ditames teológicos que condenam e o adultério.

Cumprido registrar ainda entendimento de parte da doutrina no sentido de que a classificação *vítima difusa* não é adequada, uma vez que o direito violado somente poderia ser definido a partir de um caso concreto. Barros, encampando essa posição, exemplifica afirmando que, em um acidente ambiental que provoca a contaminação de água em um manancial, é

se alguém carece de tal sentimento, não se pode obrigar a que o tenha nem que se comporte como se o tivesse, na medida em que não lesionem o direito daqueles que o têm. (...) Além do mais, a moral é questão eminentemente individual e o direito não pode ir além do que possibilitá-la, mas de modo algum impô-la, o que, por outro lado, seria irrealizável". ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 465-466.

²⁴¹ OLIVEIRA, op. cit., p. 83.

²⁴² A atual jurisprudência dos tribunais superiores entende que o art. 28 da Lei nº 11.343/06 continua sendo considerado crime, muito embora no preceito normativo secundário não haja a previsão de nenhuma pena privativa de liberdade. Veja: “Art. 28. *Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: I - advertência sobre os efeitos das drogas; II - prestação de serviços à comunidade; III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.*” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma). **RHC 35920 -DF**, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, 20 de novembro de 2014. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=35601353&nu_m_registro=201300564368&data=20140529&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 13 out. 2023. Entretanto, está pendente de julgamento no STF o RE 635659, de relatoria do ministro Gilmar Mendes, elevado à discussão em sede de repercussão geral, em que os ministros vão analisar a constitucionalidade do artigo 28 da Lei nº 11.343/06 sobre os atos de “comprar, guardar ou portar drogas sem autorização para consumo próprio” serem considerados crimes. O principal argumento é de que, no caso desse tipo, o comportamento afeta apenas à saúde do próprio usuário, não causando nenhuma lesão ao direito de terceiros. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **RE: 635659 SP**. Min. Gilmar Mendes. 8 de dezembro de 2011. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/311629388>. Acesso em: 13 out. 2023.

²⁴³ Diz o Código Penal: “Art. 235 - *Contrair alguém, sendo casado, novo casamento: Pena - reclusão, de dois a seis anos*”.

²⁴⁴ BROWN, Stephen E.; ESBENSEN, Finn-Aage. **Criminology: Explaining crime and its context**. Routledge, 2010, p. 453-454.

possível identificar, no caso concreto, quem sofrerá o dano, seja mediante análise individual, seja mediante análise coletiva de um grupo de indivíduos, mas nunca vítima difusa.²⁴⁵

Discordamos dessa perspectiva, uma vez que, no exemplo mencionado, muito embora possamos identificar alguns sujeitos que poderão sofrer maior lesão com a conduta praticada, também não podemos ignorar toda uma coletividade que não conseguimos individualizar que, mesmo em menor magnitude, também sofre danos com a conduta praticada. Além disso, em variados outros crimes que se inserem nessa mesma classificação, é impossível sequer chegar a um grau próximo de sujeitos que são vitimados pela conduta. É o exemplo dos crimes contra o sistema financeiro nacional, onde o bem jurídico tutelado é o próprio sistema financeiro nacional, e as vítimas estão completamente pulverizadas, pois as condutas que afetam nossa economia atingem a todos indistintamente.

Por fim, nesta classificação de crimes, ante a inexistência da figura individualizada da vítima no caso concreto, resta inviável a fixação de indenização a título de reparação dos danos causados pelo crime em cada caso. No entanto, entendemos que o fato de não haver vítima individualizada não deve servir de justificativa para que a condenação por esses crimes não sancione os seus autores ao pagamento de valor pecuniário que pode ser revertido em favor das vítimas de crimes.

Com efeito, se a prática de crimes que ofendem a esfera individual garante um dever do autor reparar o dano praticado, com muito mais razão podemos concluir que delitos que comportem vítimas difusas, em especial os que representam a macrocriminalidade e possuem intensa gravidade, também devem gerar, além do efeito natural do cumprimento de pena, a reversão de valores em prol de vítimas da criminalidade, como, por exemplo, o pagamento de valores para o fundo de direitos das vítimas do art. 245 da Constituição da República. Sobre o assunto, voltaremos a tratar de forma mais detida no próximo capítulo.

3.5 Vitimização de gênero e os códigos criminais

O conceito de crime no Direito Penal passa por uma diversidade de critérios. O primeiro deles é o analítico, que também é chamado de formal e dogmático. Aqui se discute a estrutura da composição do crime em seus diferentes elementos identificadores: fato típico, ilicitude, culpabilidade e punibilidade.

²⁴⁵ Por todos, BARROS, op. cit., p. 67.

Além do estudo dogmático, o certo é que também a escolha político-criminal de condutas delituosas passa por um filtro que prioriza uma série códigos violentos: sociais, raciais, sexuais, morais, religiosos, dentre tantos outros. São hipótese em que uma série de pessoas que pertencem a um mesmo gênero minoritário são travestidos de infratores em face de um sistema jurídico que legaliza a estigmatização. Mas, para atingir essa compressão, precisamos nos socorrer à criminologia, ciência responsável por explicar esse fenômeno.

Os conceitos criminais são bastante rasos e não traduzem com profundidade o fenômeno criminal. Precisamos nos socorrer à criminologia para compreender o que é crime. Vivemos em uma sociedade conflitiva, onde a definição de crime não passa apenas por um mero conceito normativo. Isso não o explica enquanto conceito nem facilita a compreensão de suas causas, que podem ser as mais diversas²⁴⁶.

A Criminologia se antecipa ao Direito Penal porque busca entender a dinâmica do crime antes da sua consumação. Por isso o conceito de crime para a criminologia é diferente e necessariamente mais profundo, trazendo fundamentos mais sociológicos e menos dogmáticos.

Shecaira²⁴⁷ nos lembra que um dos primeiros estudiosos que enfrentou o problema tratar sobre um conceito pré-penal de crime foi o italiano Rafael Garofalo, grande expoente da escola positiva de Criminologia, O autor concebeu um conceito de “delito natural” como: “uma lesão daquela parte do sentido moral, que o padrão médio em que se encontram as raças humanas superiores, cuja medida é necessária para a adaptação do indivíduo à sociedade”.

No entanto, Garofalo, além de diversos outros equívocos que não passaram imperceptíveis aos seus críticos e fizeram sua teoria ser superada, pecou por trazer um conceito nitidamente totalizado ao mencionar “segundos os padrões médios das raças humanas superiores”. Quem seriam essas pessoas? Obviamente, neste conceito de delito não se encontraram inseridos os que Spivak²⁴⁸ chamou de “subalternos”, reproduzindo uma produção intelectual ocidental cúmplice dos interesses internacionais do Ocidente.

Ao lado de Garofalo, outro grande expoente da escola positiva, Cesare Lombroso, trabalhou com a figura do “delinquente nato”, um método empírico de investigação que, aliada a ideia do atavismo, buscou associar o criminoso a características corporais, biológicas e anímicas.

É possível reconhecer avanços da escola positiva da criminologia em sua sucessão da escola clássica, principalmente no que se refere a estudar os fenômenos criminosos com um

²⁴⁶ CALHAU, Lélío Braga. **Vítima e o Direito Penal**. 2ª ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 45-46.

²⁴⁷ SHECAIRA, op. cit., p. 48.

²⁴⁸ SPIVAK, Gayatri Chakravorty. **Pode o subalterno falar**. UFMG, 2010, p. 20.

caráter científico, mas pecou-se absurdamente em trazer para uma esfera individual isolada, levando em consideração apenas fatores biológicos, Enrico Ferri, outro expoente da escola positiva, procurou abrandar um pouco essa questão trazendo a sociologia criminal para o estudo do crime, acentuando a importância dos fatores socioeconômicos e culturais da delinquência²⁴⁹.

Sumariva²⁵⁰, espelhando o mesmo pensamento que Shecaira²⁵¹ leciona que o conceito de crime na Criminologia deve trabalhar com os seguintes elementos constitutivos:

- a) Incidência massiva na população: não é possível atribuir a condição de crime a fato isolado na sociedade. Se o fato não se reitera, desnecessário considerá-lo como criminoso.
- b) Incidência aflitiva do fato praticado: o crime produz dor à vítima e à sociedade. Para puni-lo no âmbito criminal, é necessário que o fato tenha relevância social.
- c) Persistência espaço-temporal do fato a ser considerado como criminoso. Para ter um fato criminoso, além de ser massivo e aflitivo, é necessário que ele se distribua pelo nosso território e ao longo de um espaço de tempo juridicamente relevante.
- d) Inequívoco consenso a respeito de sua etiologia e de quais técnicas de intervenção seriam mais eficazes para o seu enfrentamento.

Percebe-se que a Criminologia, quando trata de conceito do delito, não se preocupa, como o faz o Direito Penal, em um ponto de chegada, mas em traçar um ponto de partida. Os estudiosos não acabam por concretizar em uma teoria, um critério ou uma mera definição o que seja o crime. O conceito de crime para a Criminologia passa por enxergá-lo primeiramente como um fenômeno social, comunitário, para que se possa alcançar a compreensão de que seu enfoque deve ser múltiplo.

É necessário enaltecer o trabalho da criminologia crítica (também chamada de criminologia radical), que trouxe à baila uma nova perspectiva para a construção do conceito de crime através da adoção de um critério com bases históricas e sociais. De origem marxista, ela entende que a realidade não é neutra, enxergando um processo de estigmatização da população marginalizada. Ela parte da premissa que o Direito Penal se ocupa de proteger os interesses de um grupo social dominante. O capitalismo é, então, a base da criminalidade, e ela propõe reformas estruturais na sociedade para a redução das desigualdades e, conseqüentemente, da criminalidade²⁵².

O crescimento do movimento feminista fez nascer também uma nova epistemologia para o fenômeno criminoso. A influência da mulher na sociedade chamou a atenção para que o ponto de vista feminista levasse em consideração o ponto de vista da realidade vivida pelas

²⁴⁹ CALHAU, op. cit, p. 28.

²⁵⁰ SUMARIVA, Paulo. Criminologia: teoria e prática. 6. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2019, p. 7.

²⁵¹ SHECAIRA, op. cit., p. 49-50.

²⁵² PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio; PENTEADO, Nestor Sampaio. **Manual esquemático de criminologia**. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 88

mulheres, quer sejam vítimas, réus ou condenadas, dentro e fora do sistema de justiça criminal. É um novo ingrediente que deve estar presente nos estudos criminológicos²⁵³.

Na mesma linha crítica, surge também a criminologia QUEER, que traz a perspectiva sobre a heteronormatividade e as masculinidades (não) hegemônicas, convocando as ciências criminais a mergulhar no empírico para sofisticar a sua compreensão sobre variados fatores que tornam determinadas pessoas ou grupos sociais vulneráveis ao processo de vitimização e criminalização, especialmente aqueles estigmatizados a partir de sua orientação sexual²⁵⁴.

A criminologia feminista e a criminologia QUEER acabaram por influenciar o conceito de crime para interpretar legislações sob uma epistemologia não dominante e fazer incidir o âmbito do Direito Penal em condutas que violam a esfera de direitos de grupos marginalizados. Existe, pois, uma nítida reflexão no conceito de crime a partir de novos horizontes que foram historicamente invisíveis, mas que, infelizmente, não é possível afirmar que se trata de um processo de conhecimento finalizado, pois nossa legislação criminal ainda se encontra carregada de uma visão ocidental sobre conceitos criminais e tipificação de condutas.

Assim, chegamos a um ponto importantíssimo do nosso estudo e que justifica toda a abordagem teórica prefatorial acima realizada sobre o conceito de crime. A referida definição não passa apenas por um simples conceito, mas revela propriamente uma escolha sobre quem deve ser o alvo do sistema jurídico-penal, ou seja, quem são os autores de fatos que se revelam intoleráveis dentro da nossa sociedade e, por isso, devem ser objeto de responsabilização; e quem devem ser os sujeitos protegidos pela norma violada, ou seja, quem desejamos etiquetar como vítimas. Muitas vezes, o mesmo rótulo pode se confundir, nas não raras hipóteses em que é imposto o rótulo de *criminoso* pelo nosso sistema de justiça criminal em razão de códigos injustos, o que vem a qualificar esse sujeito também como *vítima* desse mesmo sistema.

São etiquetas extremamente complexas de serem impostas, e que levam em consideração uma série de códigos sociais, raciais, sexuais, morais, religiosos, dentre tantos outros. A raça, por exemplo, se reveste de um código decisivo para que alguém seja considerado um alvo principal do sistema de persecução criminal. Nos últimos 15 anos, a população carcerária negra cresceu 14%, enquanto a de brancos diminuiu 19%. Nada menos que 66,7% dos presos em nosso país são negros, ou seja, dois a cada três detentos. Esse são dados do

²⁵³ MENDES, Soraia da Rosa. **Criminologia feminista: novos paradigmas**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 158.

²⁵⁴ CALHAU, op. cit. p. 88.

Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2020, elaborado pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública, que traz dados referentes ao ano de 2019. Segundo FLAUZINA, “o racismo deu o tom e os limites à violência empreendida pelo sistema penal e este a carrega consigo, na direção de toda clientela a que se dirige”²⁵⁵.

O código racial foi utilizado como etiqueta de criminalização quando, em 1890, com a criação do Código Penal da República, os artigos 402, 403 e 404 passaram a criminalizar a capoeira, uma mistura de dança e arte marcial resgata de nossas origens escravocratas e que incomodava a elite naquela época. E engana-se quem imagina que a marginalização da capoeira se encerrou neste novo século. Como bem relata Silva²⁵⁶:

Atualmente é comum ouvir em relatos de capoeiristas antigos o enorme preconceito da sociedade relacionada a essa prática. Essa afirmação é baseada nos dados coletados das investigações sobre a história da capoeira no Ceará pela autora que ora lhes escreve, em que grandes nomes da capoeira cearense relatam várias dificuldades na implantação dessa manifestação cultural em ambientes de ensino. O fato de a capoeira ter sido popularizada pelos negros e já ter sido proibida pelo código criminal do país foi é motivo para uma parcela da população continuar a expor receio em relação a essa prática, ao passo que a expansão atinge, a cada década, proporções cada vez maiores e com maior número de adeptos, no Brasil e no exterior. O misto da marginalidade e da heroicidade ainda é presente no imaginário popular, bem como a questão da possibilidade de aplicação ou não dentro das instituições formais de ensino.

Outros delitos presentes do referido Código de 1890 também reforçam códigos racistas e classistas, como, por exemplo, o crime de vadiagem e mendicância. Como bem aponta Serafim e Azeredo, após a abolição da escravatura em 1898, foi preciso criar um mecanismo para subjugar aqueles negros que estavam tentando se inserir custosamente no mercado de trabalho, e isso aconteceu através da criação de uma norma penal para incriminar aquela legião de negros desempregados²⁵⁷.

Se é certo que citados delitos já não persistem em nossa legislação criminal, não podemos dizer que o conceito de crime se afastou dos códigos que orientavam a política criminal do Brasil colonial. Os grupos subalternizados continuam fragilizados, pois a orientações sobre a noção de crime continua impregnada de questões que levam em consideração a classe social, raça e gênero.

²⁵⁵ FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. **Corpo negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Brasília. Brasília, 2006, p. 82.

²⁵⁶ SILVA, Sammia Castro; VASCONCELOS, José Gerardo. **Marginalização e heroicidade do jogador de capoeira no século XIX**. In: VASCONCELOS, José Gerardo; FIALHO, Lia Machado Fiuza; FLORENCIO, Lourdes Rafaella Santos (orgs.). *Práticas educativas, exclusão e resistência*. Fortaleza: Edições UFC, 2014, p. 101.

²⁵⁷ SERAFIM, Jhonata Goulart; AZEREDO, Jeferson Luiz de. **A (des)criminalização da cultura negra nos Códigos de 1890 e 1940**. Criciúma: Revista Amicus Curiae, 2009, p. 6-7.

No que tange à população indígena, também pouco a legislação penal tem se importado em abrir seu espectro para conter o processo de dizimação desse povo que representa as nossas mais profundas raízes. Aduz Lima:

Calcula-se que, no início do século XVI, época da chegada dos primeiros portugueses, a população indígena girava em torno de 5 milhões de pessoas, organizadas em mais de 2 mil povos, no território onde hoje se encontram os limites do Brasil. Na década de 1960, o Serviço de Proteção ao Índio (SPI), órgão oficial do governo federal, estimou essa população em menos de 100 mil pessoas. Os dados mostram uma realidade inegável: houve um violento processo que por pouco não fez os indígenas desaparecerem do mapa (2020). O passado indígena no Brasil é um passado de sangue. É sabido que durante toda a história indígena brasileira a presença do poder colonial, por vias da escravidão, tomada de território e exploração dos recursos naturais, não fora cessada em momento algum. Pensar o nascimento de um processo genocida é observar como o período colonial se consolidou e formou o Brasil que vemos atualmente. Foram séculos de extermínio, escravidão e servidão a países coloniais levando a perda de diversos costumes, tradições e ancestralidades dos povos originários.²⁵⁸

Nossas normas são insuficientes para proteger os índios e, ainda as que existe, são parcamente aplicadas. O conceito de crime deve ter uma abertura semântica para abrigar um olhar sensível à etnia indígena, quer criminalizando condutas que atentem contra o respeito ao seu espaço, sua cultura, seus valores, quer chamando a atenção dos órgãos de persecução criminal para que sigam com rigor a legislação protetiva indígena.

²⁵⁸ LIMA, op. cit., p .20.

4 A TUTELA AMPLIADA À VÍTIMA CRIMINAL COMO STANDARD DE DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS

A tutela da vítima durante a persecução penal está intimamente relacionada com a necessidade de salvaguardar os seus direitos humanos e os seus direitos fundamentais, formando um triângulo conceitual para a construção de um sistema de justiça mais equânime, humano e eficaz. A harmonia entre os conceitos tem a finalidade de equilibrar a persecução penal para conferir à vítima um conjunto de direitos que lhes garanta reparação, participação, assistência, proteção, entre outros.

Passaremos a situar a vítima dentro de uma abordagem de tutela constitucional e de direitos humanos, com especial atenção para a promoção da dignidade de sua pessoa humana. Com efeito, em um Estado Social e Democrático de Direito, a tutela dos interesses vitimários deve ser lido como um *standard* de direitos humanos e fundamentais, vetor essencial para assegurar uma justa e eficaz prestação jurisdicional.

Nesse contexto de compreender os direitos e garantias constitucionais como instrumentos inerentes à tutela da vítima penal, normalmente surgem tensões entre as noções de garantismo penal, maior construção teoria do jurista italiano Luigi Ferrajoli, e a necessidade de salvaguardar a tutela das vítimas criminais. Iremos aprofundar essas questões para buscar alcançar uma compreensão acerca da compatibilidade entre o referido instituto e a tutela das pretensões da vítima.

Não raras vezes, os direitos das vítimas são colocados em posição de antagonismo com os direitos dos acusados no processo penal, em uma visão que impõe uma falsa escolha entre os sujeitos que terão seus direitos protegidos. Entretanto, conforme iremos propor, trata-se de uma interpretação redutora e equivocada, uma vez que a compreensão de tutela de direitos pressupõe unidade, sendo não só possível, como principalmente imperioso, conservar os direitos de todos os sujeitos processuais.

Analisando a vítima no panorama de Direitos Humanos, precisamos também estudar quais são as principais implicações das obrigações processuais positivas que o Brasil se comprometeu perante a ordem jurídica internacional, bem como conhecer qual a leitura que a Corte Interamericana de Direitos Humanos (IDH) faz acerca da proteção da vítima pelo Estado brasileiro.

Iremos, ainda, fazer uma análise crítica sobre o lugar que a vítima ocupa nas discussões da teoria da pena, um espaço em que, ordinariamente, somente teve a preocupação de levar em consideração os aspectos referentes ao acusado e crime por ele cometido.

4.1 O imperativo da dignidade da pessoa humana da vítima criminal

A reparação dos danos civis à vítima criminal possui como essência o princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento do nosso Estado Democrático de Direito, conforme o art. 1º, inciso III da nossa Constituição Republicana de 1988 e vetor reconhecido na ordem jurídica internacional.

A dignidade da pessoa humana foi valor eleito pelo Constituinte de 1988 como um valor essencial, que lhe confere unidade e dá sentido, dentro de um sistema que deve ser compreendido como uma unidade.²⁵⁹ Trata-se de um princípio que representa o ponto de partida e o ponto de chegada para a hermenêutica constitucional contemporânea.²⁶⁰

Ao consagrar a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático e Social de Direito, a Constituição da República de 1988 (CR/88) tomou uma decisão fundamental a respeito sobre o alcance do sentido, da finalidade e da justificação do próprio Estado e do poder estatal. Mas, além disso, reconheceu também que o Estado existe em função da pessoa humana, e não o contrário. Assim, não foi por acidente que a dignidade da pessoa humana não constou no rol de direitos e garantias fundamentais do art. 5º da CR/88, pois foi consagrada em primeira linha como princípio (e valor) fundamental, servindo como um norte ao intérprete, ao qual incumbe a missão de lhe assegurar a necessária força normativa.²⁶¹

Sobre a íntima relação material dos conceitos de direitos fundamentais e humanos, Bonavides questiona a promiscuidade com o que a literatura jurídica tem versado sobre essas definições, comumente as utilizando como sinônimas. Com fundamento em Carl Schmitt, o autor ensina que os direitos fundamentais são aqueles que foram especificados expressamente pelo texto constitucional, ou aqueles que receberam pela constituição o mais grau de garantia ou segurança, somente podendo ser alterados por meio de emendas à Constituição.²⁶² Complementa o autor:

Os direitos fundamentais propriamente ditos são, na essência, entende ele, os direitos do homem livre e isolado, direitos que possui em face do Estado. E acrescenta: numa acepção estrita são unicamente os direitos da liberdade, da pessoa particular, correspondendo de um lado ao conceito de Estado burguês de Direito, referente a uma liberdade, em princípio limitado, mensurável e controlável.

²⁵⁹ PIOVENSAN, Flavia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 19. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 93.

²⁶⁰ PIOVENSAN, op. cit., p. 95.

²⁶¹ CANOTILHO, J. J. Gomes et al. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 125.

²⁶² BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 35. ed. São Paulo: Malheiros: 2020, p. 576-577.

(...)

A vinculação essencial dos direitos fundamentais à liberdade e à dignidade humana, enquanto valores históricos e filosóficos, nos conduzirá sem óbices ao significado de universalidade inerente a esses direitos como ideal da pessoa humana.²⁶³

Os direitos humanos representam aqueles interesses considerados como indispensáveis para uma vida humana pautada na liberdade, igualdade e dignidade, sendo essenciais para uma vida digna.²⁶⁴ Eles costumam ser entendidos para além da ótica meramente interna das constituições locais, ou seja, são produtos de lutas políticas no contexto de valores históricos e sociais que refletem valores e aspirações da sociedade.

Compreendendo que o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser inculcado na mentalidade dos responsáveis pela tomada de decisões nos poderes públicos e responsáveis, Paulo Bonavides afirma:

Introduzir, de conseguinte, o princípio da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental na consciência, na vida e na práxis dos que exercitam a governação e dos que, enquanto entes da cidadania, são, do mesmo passo, titulares e destinatários da ação do governo, representa uma exigência e imperativo de elevação constitucional e de melhoria qualitativa das bases do regime.

É o que se preconiza numa sociedade açoitada de inumeráveis lesões aos direitos fundamentais e de frequentes desrespeito às garantias mais elementares do cidadão livre, aquele que se prepara para compor os quadros da democracia participativa no futuro.²⁶⁵

Ingo Sarlet entende que o princípio da dignidade da pessoa humana assume uma condição dimensão, pois é simultaneamente *limite* e *tarefa* dos poderes estatais e da comunidade jurídica em geral, de todos e de cada um. A dimensão defensiva (limite) está ligada à expressão da autonomia da pessoa humana, vinculada à ideia de autodeterminação no que diz respeito com as decisões essenciais acerca da própria existência. Assim, o princípio da dignidade da pessoa humana justifica a imposição de restrições a direitos fundamentais, atuando como elemento limitador destes. No que diz respeito à dimensão prestacional (tarefa), se revela na necessidade de proteção e assistência por parte da comunidade e do Estado, especialmente quando fragilizada ou mesmo nos momentos que se verifica ausência da capacidade de autodeterminação.²⁶⁶

Luis Roberto Barroso ensina que a dignidade da pessoa humana foi incorporada definitivamente ao discurso político internacional através da voz dos vencedores da Segunda

²⁶³ Ibid., p. 576-577.

²⁶⁴ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p.28.

²⁶⁵ BONAVIDES, op. cit., p. 232.

²⁶⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 121

Guerra Mundial, tornando-se meta política, um fim a ser alcançado por instituições nacionais e internacionais. Em razão disso, é fácil perceber a dupla dimensão da dignidade da pessoa humana: uma interna, expressa de valor intrínseco ou próprio de cada ser humano; e outra externa, representando seus direitos, aspirações, responsabilidades, assim como os correlatos deveres de terceiros.²⁶⁷

Além disso, o autor compreende que a dignidade da pessoa humana não se caracteriza como um direito constitucional autônomo, uma vez que é tida como o alicerce último de todos os direitos verdadeiramente fundamentais e como fonte de parte do seu conteúdo essencial. Ou seja, caso se reconheça a sua identidade como direito fundamental, a consequência seria ponderá-la com outros direitos fundamentais, enfraquecendo sua dimensão valorativa. Assim, a melhor solução é considerá-la um princípio, sendo um parâmetro externo para aferir soluções nos casos de colisão de direitos.²⁶⁸

Yacobucci, afirma que “a dignidade humana, em uma de suas diversas manifestações e dimensões, alberga a garantia de que todos recebam igual (já que todos são iguais em dignidade) consideração e respeito por parte do Estado e da comunidade”. Assim, a negativa da integração da vítima ao processo implica na própria negativa da dignidade. O Estado, ao subtrair o conflito das vítimas, a revitimizar e, ao mesmo tempo, renega o seu caráter democrático, deixando de implementar a igualdade material.²⁶⁹

Segundo Kant, o fundamento da dignidade reside na autonomia da vontade, pois esta é uma faculdade de autodeterminação que apenas poder ser exteriorizada em seres racionais como imperativo categórico de ordem moral”.²⁷⁰ Celso Lafer, em sua obra que aborda um diálogo entre os direitos humanos e o pensamento de Hannah Arendt, ensina que:

O que Hannah Arendt estabelece é que o processo de asserção dos direitos humanos, enquanto invenção para convivência coletiva, exige um espaço público. Este é

²⁶⁷ BARROSO, Luis Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a - construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Belo Horizonte: Forum, 2016, p. 61-62.

²⁶⁸ Ibid, p. 67-68.

²⁶⁹ YACOBUCCI, 2002, p. 78 apud MORAN, op. cit., p. 128.

²⁷⁰ Arremata o pensador: “E é nisto exactamente que reside o paradoxo: que a simples dignidade do homem considerado como natureza // racional, sem qualquer outro fim ou vantagem, a atingir por meio dela, portanto o respeito por uma mera ideia, deva servir no entanto de regra imprescindível da vontade, e que precisamente nesta independência da máxima em face de todos os motivos desta ordem consista a sua sublimidade e torne todo o sujeito racional digno de ser um membro legislador no reino dos fins; pois de contrário teríamos que representá-lo somente como submetido à lei natural das suas necessidades. Mesmo que se concebesse o reino da natureza e o reino dos fins como reunidos sob um só chefe e que desta sorte o segundo destes reinos não continuasse a ser já uma mera ideia mas recebesse verdadeira realidade, aquela receberia sem dúvida o reforço dum móbil poderoso, mas nunca aumentaria o seu valor íntimo pois a despeito disso deveria mesmo aquele legislador único e ilimitado ser representado sempre como julgando o valor dos seres racionais só pela sua conduta desinteressada que lhes é prescrita apenas por aquela ideia”. KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Leya, 2023, p. 83-84.

kantianamente uma dimensão transcendental, que fixa as bases e traça os limites da interação política. A este espaço só se tem acesso pleno por meio da cidadania. É por essa razão que, para ela, o primeiro direito humano, do qual derivam todos os demais, é o direito a ter direitos, direitos que a experiência totalitária mostrou que só podem ser exigidos através do acesso pleno à ordem jurídica que apenas a cidadania oferece.²⁷¹

Ingo Sarlet destaca que, devido ao alto grau de abstração e indeterminação do princípio da dignidade da pessoa humana, diante de um caso concreto, não é possível que se recorra autonomamente a esse princípio para solução. O princípio da dignidade da pessoa humana, em relação aos direitos fundamentais, pode assumir apenas a feição de *lex generalis*, já que se deve buscar primariamente ao recurso do conteúdo de um direito fundamental, o qual, naturalmente, terá também sustentáculo na dignidade da pessoa humana. Assim, não se pode dizer que a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana ocorre de forma apenas subsidiária, já que toda agressão a um direito fundamental importa em violência à dignidade da pessoa humana.²⁷² O princípio da dignidade da pessoa humana fundamenta e informa todos os direitos fundamentais.

Nesse diapasão, a Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas na sua Resolução 40/34, de 29 de novembro de 1985, em seu art 4º, pressupõe que a acesso às instâncias judiciais e a rápida reparação do dano sofrido é uma premissa essencial ao respeito à dignidade da pessoa humana da vítima criminal.²⁷³

Assim, não há que se falar em respeito à dignidade da vítima se o mais básico dos seus direitos não lhe é priorizado pelo Estado. Perceba-se que a reparação *civil* dos danos não compreende a reparação *integral* do dano, algo que, na ampla maioria das hipóteses, é impossível de ser restabelecido. Ao se tornar vítima de um determinado crime, a pessoa amarga uma séria de efeitos degenerantes que a mera compensação financeira jamais será capaz de fazer retornar ao *status a quo*. Entretanto, é uma resposta mínima que o Estado deve impor àquele agente vitimizador, sem prejuízo da sanção criminal ou outra medida que lhe responsabilize perante a vítima e a sociedade.

²⁷¹ LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das letras, 1988.

²⁷² SARLET, op. cit., p. 103.

²⁷³ Resolução 40/34, de 29 de novembro de 1985: "4. As vítimas devem ser tratadas com compaixão e respeito pela sua dignidade. Têm direito ao acesso às instâncias judiciárias e a uma rápida reparação do prejuízo por si sofrido. de acordo com o disposto na legislação nacional". Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/ajus/prev29.htm>. Acesso em: 2 de jul. 2023.

A ausência de reparação civil é expressão não só do esquecimento da vítima na solução do litígio penal, mas a sua própria degradação e violência, fazendo emergir mais um processo de vitimização, desta feita ocasionado pelo Estado, provocando a sua revitimização.

Sobre a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana aplicada às vítimas criminais, esclarece Kledson Dionysio de Oliveira:

Se é certo que os direitos fundamentais não admitem relativizações arbitrárias, observados os traços de sua própria fundamentalidade para a pessoa humana, deve-se atentar para a imperatividade de sua múltipla conjugação em uma realidade social complexa, a determinar que as várias dimensões de sua aplicação sejam integralmente conformadas, de maneira a garantir a máxima otimização de sua eficácia, não apenas em favor dos direitos de primeira geração dos indivíduos contra qualquer hipótese de arbitrariedade advinda do Estado, mas, também, em favor da sociedade e da dignidade de vítimas de violações de direitos fundamentais perpetradas por outros particulares.²⁷⁴

A reparação não se trata de um interesse meramente patrimonial da vítima criminal. Importa no reconhecimento de sua dignidade, ainda que em grau meramente basilar, sendo forçoso afirmar que, com a reparação civil, os direitos das vítimas estarão contemplados. Não estão, o caminho para se tutelar de forma efetiva e integral a vítima durante a persecução penal é longo e bastante complexo. A reparação significa apenas devolver à vítima algo menor do que lhe foi tirado com o crime, porque o aspecto monetário, ainda que nos crimes patrimoniais, certamente não lhe cura a dor de ser vítima, pela simples condição de ter seu bem jurídico violado pela conduta do ofensor. Mas, ainda que mínima, não deixa de ser uma resposta.

A agressão que o Estado causa à vítima ao não respeitar o seu direito – que é o mínimo, rememore-se – à reparação do dano acaba por demonstrar, de forma clara e inequívoca, o seu esquecimento no processo penal.

4.2 Interseções e tensões entre garantismo penal e tutela vitimária

O presente tópico resulta de um compromisso inegociável deste pesquisador ao se lançar no desafio de elaborar uma pesquisa científica sobre direito das vítimas: elaborar uma construção que firme nas premissas teóricas elaboradas por Ferrajoli acerca do sistema garantista, referencial teórico deste trabalho. Como afirma Bruno Torrano: “Se um jurista não

²⁷⁴ OLIVEIRA, Kledson Dionysio de. **Processo penal convencional e fundamento das obrigações positivas em face do estado em matéria penal**. 1. ed. Belo Horizonte: D'Placido, 2022, p. 32-33.

é garantista, ele não está apenas errado na teoria. Ele está ora contra a pesquisa acadêmica séria, ora contra a democracia”²⁷⁵.

Frequentemente a doutrina tem utilizado os fundamentos teóricos do garantismo penal, conceito arquitetado pelo jurista italiano Luigi Ferrajoli, para contrapor a proteção dos direitos das vítimas criminais à tutela dos acusados no processo penal. Porém, como pretendemos demonstrar, os fundamentos e lições da doutrina garantista são perfeitamente aplicáveis não só para os acusados, mas de igual forma para as vítimas penais.

Com efeito, não se ignora que a preocupação central de Luigi Ferrajoli em sua icônica obra “*Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*”, lançada em 1990, foi construir uma teoria que buscasse salvaguardar as garantias do acusado no sistema de justiça penal, com ênfase na proteção de direitos individuais, limitação do poder punitivo do Estado e assegurar um processo justo e legal. Entretanto, os mesmos fundamentos do garantismo penal são perfeitamente aplicáveis também às vítimas do processo penal, como iremos observar.

Ferrajoli conceitua garantismo a partir de três significados. Em primeiro lugar, garantismo designa um *modelo normativo de direito*, precisamente no que diz respeito ao modelo de *estrita legalidade* do direito penal, inerente ao Estado de Direito. Neste conceito, ele abarca três formas de definição: a) sob o plano epistemológico, se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo; b) sob o plano político, se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e a maximizar a liberdade; c) e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos. Assim, garantista é o sistema penal que se conforma e se satisfaz normativamente com tal modelo.²⁷⁶

Além disso, em uma segunda compreensão, garantismo designa uma teoria jurídica da *validade* e da *efetividade* como categorias distintas não só entre si, mas também pela *existência* ou *vigor* das normas. Assim, a teorização do garantismo mantém separados o *ser* do *dever ser* no direito, bem como põe, como questão teórica central, a diferença existente nos ordenamentos complexos entre modelos normativos (tendentemente garantistas) e práticas operacionais (tendentemente antigarantistas), “interpretando-a com a antinomia - dentro de certos limites fisiológica e fora destes patológica - que subsiste entre validade (e não efetividade) dos primeiros e efetividade (e invalidade) das segundas”.²⁷⁷

²⁷⁵ TORRANO, Bruno. **Garantismo penal integral: um nome ruim para uma ideia boa**. Jota, 2020. Disponível em: < <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/garantismo-penal-integral-um-nome-ruim-para-uma-ideia-boa-16112020/>>. Acesso em: 12 ago. 2023.

²⁷⁶ FERRAJOLI, op. cit., p. 684.

²⁷⁷ Ibid., p. 684.

Por fim, em uma terceira compreensão, garantismo designa uma “*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 a garantia constituem a finalidade”. Destarte, é premissa basilar do garantismo a distinção entre *direito e moral*, entre *validade e justiça*, entre *ponto de vista interno e ponto de vista externo* na valoração do ordenamento, ou mesmo entre o *ser* e o *dever ser* do direito.²⁷⁸

E, com fundamento nesses três significados, o jurista italiano conclui:

Estes três significados de "garantismo", para os quais até agora forneci uma conotação exclusivamente penal, têm, a meu ver, um alcance teórico e filosófico geral que merece, pois, ser explicado. Eles delinham, precisamente, os elementos de uma teoria geral do garantismo: o caráter vinculado do poder público no Estado de direito; a divergência entre validade e vigor produzida pelos desníveis das normas e um certo grau irredutível de ilegitimidade jurídica das atividades normativas de nível inferior; a distinção entre ponto de vista externo (ou ético-político) e ponto de vista interno (ou jurídico) e a conexa divergência entre justiça e validade; a autonomia e a prevalência do primeiro e em certo grau irredutível de ilegitimidade política com relação a ele das instituições vigentes. Estes elementos não valem apenas para o direito penal, mas também para os outros setores do ordenamento.²⁷⁹

Ferrajoli ainda enumera os dez princípios do modelo garantista: 1) princípio da *retributividade* ou da consequencialidade da pena em relação ao delito; 2) princípio da *legalidade*, no sentido lato ou no sentido estrito; 3) princípio da *necessidade* ou da economia do direito penal; 4) princípio da *lesividade* ou da ofensividade do evento; 5) princípio da *materialidade* ou da exterioridade da ação; 6) princípio da *culpabilidade* ou da responsabilidade pessoal; 7) princípio da *jurisdicionariade*, também no sentido lato ou no sentido estrito; 8) princípio *acusatório* ou da separação entre juiz e acusação; 9) princípio do *ônus da prova* ou da verificação; 10) princípio do *contraditório* ou da defesa, ou da falseabilidade.²⁸⁰

Inobstante não nos seja eticamente responsável buscar resumir toda a ideologia constante de uma rica e densa obra em apenas um tópico deste trabalho científico, ousamos afirmar que a compreensão de garantismo, em conformidade com os ensinamentos de Ferrajoli, não pode – e nem deve – se sobrepor à ideia da necessidade de tutelar os direitos das vítimas no processo penal. O garantismo não é indiferente às vítimas, de forma que as suas premissas devem ser utilizadas em um processo inclusivo de tutela de direitos.

A busca pela justiça e pela rigorosa aplicação das leis é um pressuposto que deve ser observado não só visando assegurar os direitos individuais de réus que estejam sob a pecha de acusados no processo penal, mas, igualmente, é um ideal que se presta a garantir a confiança

²⁷⁸ Ibid., p. 685.

²⁷⁹ Ibid., p. 686.

²⁸⁰ Ibid., p. 75.

em um sistema de justiça penal que oferte às vítimas mecanismos para uma resposta estatal eficiente.

Em razão disso, muitos juristas têm discutido como os direitos das vítimas se incluiriam na amplitude do sistema garantista teorizado por Ferrajoli, em uma interpretação holística do conceito original de garantismo, que tenha por resultado um equilíbrio entres os interesses dos acusados e as necessidades das vítimas no processo penal.

Dentre os grandes expoentes dessa doutrina, Douglas Fischer defende que o garantismo penal originariamente concebido por Ferrajoli deve atualmente ser interpretado à luz da necessidade de se tutelar também os direitos das vítimas e da sociedade, pelo que o autor denominou de *garantismo penal integral*. Sua compreensão se baseia na ideia de que, ao longo dos anos, o conceito de garantismo tem sido deturpado pelos operadores do direito, resultando no que ele batizou de *garantismo hiperbólico monocular*. Aduz o autor:²⁸¹

Em síntese, o *garantismo penal integral* decorre da necessidade de proteção de bens jurídicos (individuais e também coletivos) e de proteção ativa dos interesses da sociedade e dos investigados e/ou processados. Integralmente aplicado, o garantismo impõe que sejam observados rigidamente não só os direitos fundamentais (individuais e coletivos), mas também os *deveres fundamentais* (do Estado e dos cidadãos), previstos na Constituição. O Estado não pode agir desproporcionalmente: deve evitar excessos e, ao mesmo tempo, não incorrer em deficiências na proteção de todos os bens jurídicos, princípios, valores e interesses que possuam *dignidade constitucional*, sempre ocorrendo à proporcionalidade quando necessária a restrição de alguns deles. Qualquer pretensão à prevalência indiscriminada apenas de *direitos fundamentais individuais* implica – ao menos para nós – uma teoria que denominamos *garantismo hiperbólico monocular*: evidencia desproporcionalmente (hiperbólico) e de forma *isolada* (monocular) a necessidade de proteção apenas dos *direitos fundamentais individuais* dos cidadãos, o que, como visto, *não é e nunca* foi o propósito único do *garantismo penal integral*.²⁸²

A corrente doutrinária que defende a aplicação do garantismo penal integral tem ganhado cada vez mais força no cenário nacional, e tem como mola impulsora algumas

²⁸¹ FISCHER, Douglas. O que é garantismo penal (integral). **Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil**. Salvador: Editora Juspodivm, 2013, p. 53.

²⁸² Vale pontuar que, em entrevista à revista eletrônica CONJUR, Ferrajoli responde à seguinte pergunta: “Alguns setores do Ministério Público e do Judiciário brasileiro passaram a falar que no Brasil existe um hipergarantismo. Cunham esse termo para dizer que se prestigia o garantismo ao máximo em detrimento da punição de criminosos. O que o senhor acha dessa expressão?”. O jurista respondeu: “É o sinal de uma grave regressão civil e cultural. As garantias penais e processuais não são apenas garantias de liberdade e verdade contra a arbitrariedade. São a principal fonte de legitimação da jurisdição e também, com um aparente paradoxo, o principal fator de eficácia da intervenção judicial. Na verdade, são as garantias que geram a maior assimetria entre a incivilidade do crime e a civilização do direito: uma assimetria que, a meu ver, representa o principal fator de deslegitimação moral e isolamento social e político do desvio e, portanto, de eficácia primária do direito penal. É por causa do desaparecimento dessa assimetria que os sistemas punitivos degeneram em sistemas de máximo direito penal, ao mesmo tempo maximamente aflitivo e maximamente ineficiente.

interpretações radicais de certos juristas que compreendem o garantismo tão apenas como fundamento para concessão de uma atmosfera mais benéfica ao réu no processo penal.

Além disso, o próprio Ferrajoli, fazendo referência Miguel Carbonell, um dos teóricos mais citados pelos defensores do garantismo penal integral, chega pontuar que sua teoria não se destina exclusivamente à salvaguarda da direitos de cunho individual:

Como também lembrou Valentina Pazè (p. 149), o paradigma garantista pode ser expandido (e na esfera normativa tem se expandido efetivamente) em três direções: no sentido da proteção dos direitos sociais, e não apenas dos direitos de liberdade; contra os poderes privados e não só aos poderes públicos; e no âmbito internacional, e não só estatal. Miguel Carbonell, Lorenzo Córdova Vianello, Ermanno Vitale, Gerardo Pisarello e Antonio de Cabo1 cuidaram dessa capacidade expansiva. Miguel Carbonell escreveu páginas esclarecedoras sobre as origens e as razões históricas e políticas do estado social e sobre a mudança de paradigma do estado de direito produzida pela positivação dos direitos sociais que se somaram aos direitos de liberdade. Graças a essa expansão do modelo do Estado de Direito, que consiste em impor à esfera pública não apenas limites, mas também vínculos, não apenas proibições de lesão (garantias negativas), mas também obrigações de fornecer (ou garantias positivas), o Estado ampliou e fortaleceu suas fontes de legitimidade. Ele deixa de ser "percebido", efetivamente escreve Carbonell, como um potencial "inimigo dos direitos fundamentais e passa a assumir, ao contrário, o papel de promotor desses direitos" (p. 179), como ator de satisfação.

(...)

Por outro lado, os direitos de liberdade também têm um custo. A distinção teórica entre garantias negativas (de direitos de liberdade) e garantias positivas (de direitos sociais) -algumas consistindo em limites ou proibições de lesão, outras em vínculos ou obrigações de prover - refere-se apenas à estrutura típica das duas classes de direitos. Especificamente, observa Carbonell (pp. 190-192), também os direitos sociais, como os direitos à saúde e ao meio ambiente, exigem limites e proibições de lesões; e também os direitos de liberdade, desde a segurança individual contra ataques até a liberdade pessoal contra a arbitrariedade repressiva, exigem obrigações a serem cumpridas por dispendiosos aparatos policiais e judiciários. Finalmente, desenvolvendo uma série de indicações retiradas da literatura progressista mais recente, Carbonell mostra que os direitos sociais também são, ou, em todo caso, podem se tornar, justificáveis através do desenvolvimento de técnicas adequadas de garantia secundária. (tradução livre)²⁸³

²⁸³ FERRAJOLI, Luigi. Garantismo: una discusión sobre derecho y democracia. Madrid: Trota, 2006, p. 114-115. Texto original: "Como ha recordado también Valentina Pazè (p. 149), el paradigma garantista puede expandirse (y em el plano normativo ha ido efectivamente expandiéndose) em tres direcciones: hacia la tutela de los derechos sociales y no sólo de los derechos de libertad, frente a los poderes privados y no sólo a los poderes públicos y en el ámbito internacional y no sólo estatal. De esta capacidad expansiva se han ocupado Miguel Carbonell, Lorenzo Córdova Vianello, Ermanno Vitale, Gerardo Pisarello y Antonio de Cabo1. Miguel Carbonell ha escrito páginas clarificadoras sobre los orígenes y las razones históricas y políticas del estado social y sobre el cambio de paradigma del estado de derecho producido por la positivación de los derechos sociales que se han ido sumando a los derechos de libertad. Gracias a esta ampliación del modelo del estado de derecho, que consiste en imponer a la esfera pública no sólo límites sino también vínculos, no sólo prohibiciones de lesión (garantías negativas) sino también obligaciones de prestación (o garantías positivas), el estado há ampliado y reforzado sus fuentes de legitimación. Ya no es «percebido», escribe con eficacia Carbonell, como un potencial «enemigo de los derechos fundamentales y comienza a tomar, por el contrario, el papel de promotor de esos derechos» (p. 179), como actor de satisfacción. (...) Por otro lado, los derechos de libertad también tienen un coste. La distinción teórica entre garantías negativas (de los derechos de libertad) y garantías positivas (de los derechos sociales) —unas consistentes en límites o prohibiciones de lesión, otras en vínculos u obligaciones de prestación— se refiere únicamente a la estructura típica de las dos clases de derechos. En concreto, observa Carbonell (pp. 190-192), también los derechos sociales, como por ejemplo los derechos a la salud y al medio ambiente, requieren límites y prohibiciones de lesión; y también los derechos de libertad, de la seguridad individual frente a las agresiones a la libertad personal

Noutro giro, juristas que encampam a defesa do garantismo ortodoxo²⁸⁴ argumentam que a proposta de garantismo penal integral, tal como idealizada por Douglas Fischer, não encontra guarida nas lições de Luigi Ferrajoli. Argumenta-se, dentre outras razões, que, ao propor a ponderação de direitos individuais em razão de interesses sociais e deveres estatais, tais como a segurança pública, se ampliaria demasiadamente e de forma indesejável o âmbito de discricionariedade judicial, contrariando os fundamentos do garantismo penal. Além disso, considerar como prevalente o direito fundamental da sociedade, sem qualquer fundamentação idônea para tanto, justificaria a mitigação de qualquer direito fundamental de cunho individual, atentando contra viga mestra do garantismo de Luigi Ferrajoli, que é a limitação do poder do julgador, com a redução do seu espaço de discricionariedade, por meio da vinculação da atividade jurisdicional às garantias constitucionais.

O contexto histórico de produção da clássica obra de Luigi Ferrajoli remonta a uma necessidade de salvaguardar direitos individuais contra a arbitrariedade estatal e o expansionismo penal, o que, de fato, gerou a produção de uma teoria que teve um cunho essencialmente individualista. Além disso, mesmo reconhecendo os méritos de Luigi Ferrajoli, também não se pode descurar que sua obra está sujeita às intempéries do tempo e das mudanças nas relações sociais, como, por um exemplo natural às pretensões deste trabalho científico, à necessidade de reavaliar a posição da vítima no sistema de justiça criminal.

Como em qualquer obra literária, os pensamentos nela embutidos, a partir da publicação, se desapegam do âmbito individual e restrito dos pensamentos próprio autor e passam a pertencer à sociedade, que passará a interpretá-la e firmar múltiplas compreensões a partir das inúmeras óticas possíveis e contextos sociais que estiverem presentes em cada caso.²⁸⁵

Em outras palavras, é viável elaborar novas construções de garantismo penal, desde que não se desvirtuem da essência do conceito e premissas já mencionadas. E, para que fique

frente a la arbitrariedad represiva, requieren obligaciones de hacer a cargo de costosos aparatos policiales y judiciales. Finalmente, desarrollando una serie de indicaciones tomadas de la más reciente literatura progresista, Carbonell muestra que También los derechos sociales son, o en todo caso pueden llegar a ser, justiciables a través del desarrollo de técnicas adecuadas de garantía secundaria.”.

²⁸⁴ Nessa corrente, podemos citar Aury Lopes Junior, Alexandre Morais da Rosa, Beatriz Vargas Ramos, Álvaro Guilherme de Oliveira Chaves, Alfredo Copetti Neto e Ana Cláudia Pinho, dentre outros.

²⁸⁵ É essa a premissa adotada por Douglas Fischer em suas lições, quando afirma que “temos a plena consciência de que a compreensão de um sistema jurídico e das doutrinas que o circundam (e o garantismo penal é uma delas) requer a humildade em se admitir que há antinomias e proposições contrárias ao pensamento que se desenvolve. Repristinando nossas premissas, pretender uma única resposta correta pode inviabilizar a melhor interpretação (inclusive a teor de uma doutrina). Se é certo que diferentes intérpretes podem produzir, a partir do mesmo texto, distintas normas jurídicas, não se pode afastar que, a partir de uma mesma doutrina, também podem defluir posicionamentos interpretativos pouco diversos. É o caso em voga. O que se pretende é buscar a compreensão do garantismo penal que se considera mais adequada, pois, na senda de Larenz, a alternativa verdadeiro/falso é estranha em Direito, em que existe apenas o aceitável (justificável). FISCHER, op. cit., p. 32.

claro, obviamente outras ideias podem surgir para construir e aperfeiçoar o nosso sistema jurídico, ainda que, em algum ponto de contato, contrariem os axiomas firmados pelo sistema garantista. Essas vozes não merecem ser silenciadas, mas tão apenas não se pode denominar de *garantismo*, ainda que em uma versão “atualizada”, aquilo que, fielmente, não o é.

Em sua crítica à construção de Douglas Fischer, Bruno Torrano afirma que: “*garantismo penal integral* é um nome ruim para uma ideia boa”.²⁸⁶ É que, conforme sustentam os defensores do garantismo penal integral, quando se argumenta que sejam aplicados na íntegra e de forma concatenada os postulados constitucionais, especialmente considerando na hermenêutica constitucional a valoração de todos os direitos e deveres existentes na Constituição Federal, e não apenas os direitos fundamentais individuais de primeira geração, o que se busca é demonstrar que o garantismo nada mais é que uma visão atualizada do constitucionalismo, da exata forma como compreende Ferrajoli.²⁸⁷

Entretanto, conforme adverte Bruno Torrano, se o constitucionalismo contemporâneo tem por conteúdo a mesma ideia do que se denominou *garantismo penal integral*, qual seria a utilidade de criar a referida denominação? Melhor seria tratá-la apenas por *garantismo*, em sua concepção original, sem descurar de interpretá-lo de acordo com as bases do constitucionalismo contemporâneo.²⁸⁸

Noutro giro, caso se entenda que nenhuma outra interpretação pode ser extraída do garantismo de Luigi Ferrajoli, que somente se importaria com a tutela monoclar dos direitos individuais e ignoraria por completo a busca de um equilíbrio com outros direitos fundamentais de segunda e terceira geração, a melhor solução, com muito pesar, seria reduzir o papel explicativo da teoria de Ferrajoli, de modo a desinflar a sua área de influência, usando-a no estreito limite em que se adegue às previsões normativas.²⁸⁹ Afinal, o que caracteriza o verdadeiro “cientista do direito” é essa visão essencialmente crítica, que o distingue do mero conhecedor e aplicador das leis, este incapaz de questioná-las por ver nelas autênticos dogmas de fé a serem simplesmente seguidos.²⁹⁰

²⁸⁶ TORRANO, B. **Garantismo penal integral: um nome ruim para uma ideia boa**. Jota, 2020. Disponível em: < <https://blog.fastformat.co/como-fazer-citacao-de-artigos-online-e-sites-da-internet/>>. Acesso em: 12 ago. 2023

²⁸⁷ FISCHER, Douglas; PEREIRA, Frederico Valdez. **As obrigações processuais penais positivas: segundo as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 190.

²⁸⁸ MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **A ciência do Direito: conceito, objeto, método**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 200-201.

²⁸⁹ TORRANO, B. op. cit.

²⁹⁰ MARQUES NETO, op. cit., p. 200-201.

4.3 Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) e obrigações processuais penais positivas em face das vítimas criminais

A Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), também conhecida como Pacto San Jose da Costa Rica, estabelece os direitos e liberdades fundamentais das pessoas nas Américas e estabelece um sistema regional de proteção dos direitos humanos por meio da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos tem na CADH o seu instrumento principal. Ela foi assinada em 1969 e entrou vigor no plano internacional desde 1978, a partir do quórum mínimo obtido de 11 ratificações. Entretanto, o Brasil somente a ratificou no ano de 1992, tendo sido promulgada internamente pelo Decreto nº 678 de 6 de novembro do referido ano.²⁹¹

A proteção de direitos humanos prevista na CADH é coadjuvante ou complementar em relação à oferecida no plano interno pelos Estados signatários, de forma que não substitui o ordenamento jurídico doméstico dos Estados nacionais, mas tão apenas os complementa. Sendo assim, não se retira a competência primária dos Estados para amparar e proteger as pessoas sujeitas à sua jurisdição, mas na insuficiência ou ausência de tutela, em desconformidade com a Convenção, é possível que o sistema interamericano atue de forma coadjuvante e complementar com o objetivo de proteger determinado direito que o Estado não garantiu ou preservou.²⁹²

A CADH é composta por dois órgãos autônomos e independentes para a proteção e tutela dos direitos que estabelece: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (IDH). A Comissão Interamericana de Direitos Humanos é um órgão ambivalente ou bifronte, pois é órgão da Organização dos Estados Americanos (OEA) e da Convenção Americana de Direitos Humanos, e tem por missão principal promover a observância e a defesa dos direitos humanos no continente americano, atuando como um órgão de consulta da OEA na matéria. Assim, possui uma natureza mais política que jurídica, e atua no recebimento de denúncia ou queixas de violações de direitos humanos deflagradas por indivíduos ou por organizações não governamentais contra atos dos Estados, residindo aqui a sua função prática mais importante. Já a CIDH é um órgão de função eminentemente

²⁹¹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020, p. 119.

²⁹² *Ibid.*, p. 119-120.

jurisdicional do sistema interamericano, que resolve casos de violações de direitos humanos praticados pelos Estados-partes da OEA que tenham ratificado a CADH.²⁹³

As obrigações processuais positivas em matéria penal em relação às vítimas criminais se referem a ações e medidas que o sistema de justiça criminal deve adotar para tutelar os referidos interesses durante a persecução criminal, com o fito de resguardar o princípio da dignidade da pessoa humana. Em razão disso, vários direitos devem ser tutelados, como o direito à informação, proteção, participação, reparação, assistência, privacidade, entre outros.

Sob a perspectiva das obrigações positivas no âmbito do sistema penal, os países têm a responsabilidade de implementar ações concretas para prevenir violações dos direitos humanos e evitar que tais abusos ocorram contra seus cidadãos. Isso significa que o Estado deve tomar medidas efetivas para impedir que essas violações ocorram. No caso em que essas violações de direitos humanos já tenham ocorrido, o Estado deve agir de forma decisiva. Isso inclui realizar investigações completas e adequadas para identificar e punir os criminosos responsáveis pelos abusos. Além disso, sempre que possível, o Estado deve buscar formas de reparar os danos causados por essas violações, garantindo que as vítimas recebam a devida compensação pelos prejuízos sofridos como resultado dessas violações.²⁹⁴

O imperativo de cumprir com as obrigações processuais positivas e negativas de tutela de direitos pode ser extraída do art. 1.1. da CADH, *in verbis*:

1. Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.²⁹⁵

Devido à obrigação de respeitar os direitos estabelecidos na Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), é proibido que o Estado utilize sua legislação interna, incluindo normas constitucionais, como justificativa para não aplicar os direitos e responsabilidades previstos na convenção. Além disso, os Estados têm a responsabilidade de criar e implementar a legislação necessária para proteger de maneira abrangente os interesses e valores abordados nos direitos humanos. É importante ressaltar que as instituições estatais competentes também

²⁹³ Ibid., p. 122-125.

²⁹⁴ OLIVEIRA, op. cit., p. 165.

²⁹⁵ Convenção Americana de Direitos Humanos. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/mandato/Basicos/convencion.asp>. Acesso em: 7 de set. 2023.

devem garantir que as disposições de direito material estabelecidas na convenção sejam efetivamente cumpridas e aplicadas.²⁹⁶

Essa terminologia – obrigações processuais positivas – é adotada expressamente pela Corte IDH, com o propósito de transmitir a ideia de que “os Estados têm a obrigação de proteção dos direitos afirmados nas respectivas convenções”. Entre diversas decisões, cita-se, ilustrativamente, a tomada pela Corte IDH no Caso *Kawas Fernández vs. Honduras*, Mérito, Reparações e Custas, em 3 de abril de 2009.

Al igual que las obligaciones negativas referidas, la Corte Interamericana há observado que de la libertad de Asociación También ‘se devivan obligaciones positivas de prevenir los atentados contra la misma, proteger a quienes a ejercen e investigar las violaciones de dicha libertad. Estas obligaciones positivas deben adoptarse, incluso em la esfera de relaciones entre particulares, si el caso así lo amerita.²⁹⁷

A Corte IDH tem, em constantes julgados, reconhecido a existência de obrigações processuais penais positivas a partir dos comandos do Pacto San Jose da Costa Rica. Nesse contexto, é relevante mencionar o julgamento do caso *Blake vs. Guatemala* pela Corte IDH. Alguns julgamentos se situam entre os mais paradigmáticos e costumam ter sua notoriedade registradas nas obras, artigos e manuais de Direitos Humanos. Um deles envolveu Nicholas Chapman Blake, um jornalista de nacionalidade norte-americana que residia na Guatemala, e seu colega fotógrafo, Davis. Em 1985, eles viajaram para uma aldeia com o objetivo de coletar informações para um artigo sobre um dos setores da guerrilha guatemalteca. Durante a viagem, Blake e seu amigo foram interrogados por uma patrulha civil sobre o propósito de sua visita. O comandante da patrulha chegou a afirmar que poderiam matá-los se assim desejassem, o que lamentavelmente aconteceu. Os restos mortais das vítimas só foram descobertos em 1992.²⁹⁸

Após o processo, a Corte IDH concluiu que o Estado da Guatemala violou os direitos dos familiares de Blake de acordo com o artigo 8.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH). Esse dispositivo estatui que é direito de toda pessoa ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. Essa norma se aplica, inclusive, às vítimas. A Corte IDH condenou o Estado da Guatemala com fundamento na falta de acesso à

²⁹⁶ OLIVEIRA, op. cit., p. 163-164.

²⁹⁷ Ibid., p. 163.

²⁹⁸ PAIVA, Caio. HEEMAN, Thimotie Aragon. **Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos**. 3. ed. Belo Horizonte: CEI, 2020, p. 70-71.

justiça e na ausência de resolução do caso nas instâncias nacionais. Além disso, houve a violação do direito à integridade psicológica e moral das pessoas relacionadas à vítima. A Corte também determinou que o Estado da Guatemala deveria indenizar os familiares de Blake e tomar todas as medidas necessárias para investigar os eventos denunciados e punir os responsáveis pelo desaparecimento e morte de Blake.²⁹⁹

No caso *Godínez Cruz vs. Honduras*, encadeada com a referida normativa 8.1 da CADH, foi mencionada a obrigação processual penal positiva do art. 25 do mesmo diploma convencional, que trata sobre o direito que toda pessoa tem a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais. Neste caso, a Corte IDH entendeu que esses recursos precisam estar à disposição das vítimas de violações de direitos e devem ser amparados por um devido processo legal que garanta a realização das obrigações convencionais de proteção a cargo do Estado.³⁰⁰

De igual forma, no caso *Tribunal Constitucional vs. Peru*, a Corte IDH novamente reconheceu o direito das vítimas a um recurso simples e rápido como ferramenta de proteção de direitos humanos de acordo com as regras do devido processo legal. Sobre o assunto, ensina Kledson Dionysio de Oliveira:

Por oportuno, convém ressaltar de eventuais interpretações monoculares que tais disposições não significam que o direito de acesso à jurisdição das vítimas de crimes devam ser condicionados por garantias concretizadoras de um devido processo legal de proteção dos agentes pretensamente violadores de direitos humanos, mas sim que a realização do direito de acesso das vítimas à jurisdição deve lograr tratamento e tramitação seriamente ordenados por um devido processo legal que lhe garanta efetividade.³⁰¹

Mais um paradigmático julgado da Corte IDH tratou sobre o dever estatal de investigar e punir enquanto instrumento de tutela dos direitos das vítimas criminais: o caso *Velásquez Rodríguez vs Honduras*. O estudante Velásquez Rodríguez foi detido de maneira violenta e sem ordem judicial por membros da Direção Nacional de Investigação das Forças Armadas de Honduras. Durante a detenção, ele foi submetido a interrogatórios sob tortura pela acusação de supostos crimes políticos. Os policiais negaram a detenção de Velásquez Rodríguez, e ele permaneceu desaparecido. Após a análise do caso, a Corte IDH chegou às

²⁹⁹ Ibid., p.71.

³⁰⁰ OLIVEIRA, op. cit.22, p. 169-170.

³⁰¹ OLIVEIRA, op. cit., p. 170.

seguintes conclusões: a) houve a prática de desaparecimentos que foi executada ou tolerada pelas autoridades hondurenhas no período de 1981 a 1984; b) o desaparecimento de Velásquez Rodríguez ocorreu como resultado direto ou com a tolerância dessas autoridades, inserindo-se no contexto dessa prática mais ampla; c) o governo de Honduras falhou em proteger os direitos humanos afetados por essa prática de desaparecimentos forçados.³⁰²

Tomando por referência o art. 1º (obrigação de respeitar direitos), art. 4º (direito à vida), art. 5º (direito à integridade pessoal) e art. 7º (direito à liberdade pessoal) da CADH, a Corte IDH sustentou a existência da obrigação positiva do Estado hondurenho de investigação e punição dos envolvidos. E, de mais especial, registra-se a construção da Corte que se tornou precedente importante, inclusive para casos julgados contra o Estado brasileiro, de que a responsabilidade internacional dos Estados-partes por não violações de direitos humanos ocorre não só quando os próprios Estados são os violadores, mas também quando o Estado se omite em seu dever investigar adequadamente ilícitos que são praticados por seus agentes estatais ou mesmo através de particulares, permitindo a impunidade de agentes violadores.³⁰³

A impunidade foi considerada um estado de não restabelecimento dos direitos das vítimas, de forma que o dever de proteção positiva dos Estados em matéria penal tem por consequência o exercício das obrigações de tutela dos direitos das vítimas e de seus familiares. A partir do caso supramencionado, os deveres positivos do Estado em matéria penal restam inteiramente esvaziados quando, embora haja uma formal investigação sobre determinado fato criminoso, o seu resultado seja inócuo em face de incapacidade de o Estado prestar a justiça de forma adequada à vítima.³⁰⁴

No caso do Estado brasileiro, a Corte IDH já sentenciou dez condenações, na seguinte ordem: 1) Caso Ximenes Lopes (2006); 2) Caso Escher e outros (2009); 3) Caso Sétimo Garibaldi (2009); 4) Caso Gomes Lund e outros (2010); 5) Caso Trabalhadores Fazenda Brasil Verde (2016); 6) Caso Favela Nova Brasília (2017); 7) Caso Xurucuru (2018); 8) Caso Vladimir Herzog e outros (2018); 9) Caso Fábrica de Fogos Santo Antônio de Jesus (2020); 10) Caso Barbosa de Souza (2021).

Como traço em comum de todas as condenações do Estado brasileiro, é possível identificar graves violações do Estado à dignidade da pessoa humana das vítimas de crimes e

³⁰² PAIVA, op. cit., p.58.

³⁰³ OLIVEIRA, op. cit., p. 183.

³⁰⁴ Ibid., p. 184-185.

seus familiares, bem como insuficiência de proteção objetiva dos direitos humanos e fundamentais em razão do funcionamento deficitário do sistema de justiça criminal.³⁰⁵

Ainda que em apertada síntese, iremos apresentar um relato dos motivos ensejadores das condenações do Estado brasileiro na Corte IDH, uma vez que tais conteúdos são de profunda importância para que se alcance a compreensão das contínuas violações das obrigações processuais positivas do nosso Estado em face dos direitos humanos de vítimas criminais.

A primeira condenação do Estado brasileiro na Corte IDH foi no caso Ximenes Lopes, no ano de 2006. Em breve resumo, os fatos tiveram início em 1º de outubro de 2009, quando a mãe de Damião Ximenes Lopes, deficiente mental, resolveu internar seu filho em uma clínica psiquiátrica no município de Sobral/CE. Três dias depois, a genitora retornou ao local para visitar seu filho, mas foi impedida de entrar no manicômio. Relutante, conseguiu adentrar à força no local, oportunidade em que encontrou seu filho amarrado com as mãos para trás, ensanguentado, com a cabeça inchada e os olhos fechados, vindo a cair aos seus pés, sujo e fétido de fezes e urina. Após constatar o estado degradante que se encontrava seu filho, procurou um médico e pediu que o socorresse, e escutou como resposta “deixe morrer, porque quem nasce é pra morrer”. Poucos momentos depois, de fato, o seu filho faleceu.³⁰⁶

Na condenação do Estado brasileiro, a Corte IDH faz expressa referência aos direitos das vítimas ao tratar sobre a obrigação do Estado de promover de forma eficaz a persecução penal para evitar a impunidade de envolvidos em graves violações de direitos humanos. Veja:

a) Obrigação de investigar os fatos que geraram as violações no presente caso

245. Os familiares de vítimas de violações de direitos humanos têm o direito a um recurso efetivo. O conhecimento da verdade dos fatos em violações de direitos humanos como as deste caso é um direito inalienável e um meio importante de reparação para a suposta vítima e, quando cabível, para seus familiares, além de constituir uma forma de esclarecimento fundamental para que a sociedade possa desenvolver mecanismos próprios de desaprovação e prevenção de violações como essas no futuro.

246. Em consequência, os familiares das vítimas têm o direito, e os Estados têm a correspondente obrigação, a que o ocorrido seja efetivamente investigado pelas autoridades estatais, a que se inicie um processo contra os supostos responsáveis por esses ilícitos e, se for o caso, de que lhes sejam impostas as sanções pertinentes (par. 170 a 206 supra).

247. Neste caso a Corte estabeleceu que, transcorridos mais de seis anos dos fatos, os autores dos tratamentos cruéis, desumanos e degradantes, bem como da morte do senhor Damião Ximenes Lopes, não foram responsabilizados, prevalecendo a impunidade (par. 170 a 206 supra).

³⁰⁵ Ibid., p. 184-187.

³⁰⁶ MAZUOLI, Valerio; FARIA, Marcelle Rodrigues da Costa e; OLIVEIRA, Kledson Dionysio de. **Controle de Convencionalidade pelo Ministério Público**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 132-133.

248. A Corte adverte que o Estado deve garantir que em um prazo razoável o processo interno destinado a investigar e sancionar os responsáveis pelos fatos deste caso surta seus devidos efeitos, conferindo aplicabilidade direta no direito interno às normas de proteção da Convenção Americana.³⁰⁷

Sobre a reparação do dano, prescreveu a Corte IDH:

209. A reparação do dano ocasionado pela infração de uma obrigação internacional requer, sempre que seja possível, a plena restituição (*restitutio in integrum*), que consiste no restabelecimento da situação anterior à violação. Caso isso não seja possível, cabe ao Tribunal internacional determinar uma série de medidas para que, além de garantir o respeito dos direitos infringidos, sejam reparadas as conseqüências das infrações e estabelecido o pagamento de uma indenização como compensação pelos danos ocasionados ou outras modalidades de satisfação.

A obrigação de reparar, que se regulamenta em todos os aspectos (alcance, natureza, modalidades e determinação dos beneficiários) pelo direito internacional, não pode ser modificada ou descumprida pelo Estado obrigado, mediante a invocação de disposições de seu direito interno.

210. As reparações, como indica o termo, consistem nas medidas destinadas a fazer desaparecer os efeitos das violações cometidas. Sua natureza e seu montante dependem do dano provocado nos planos tanto material quanto imaterial. As reparações não podem implicar o enriquecimento nem o empobrecimento da vítima ou seus sucessores.³⁰⁸

A segunda condenação brasileira na Corte IDH se deu no Caso Sétimo Garibaldi, no ano de 2009, onde se reconheceu que o Estado brasileiro descumpriu obrigações positivas em matéria penal, pois deixou de investigar adequadamente e se omitiu no dever de punir os autores do homicídio praticado contra o Sr. Sétimo Garibaldi, assassinado no ano de 1998 durante uma desapropriação na propriedade rural “Fazenda São Francisco”, no Estado do Paraná. A responsabilização internacional se deveu à omissão do Ministério Público em promover a adequada persecução penal contra os autores do crime.³⁰⁹

Na terceira oportunidade, o Estado brasileiro foi condenado no caso Escher e outros, também no ano de 2009, onde a Corte IDH responsabilizou internacionalmente o Brasil por vulnerar o direito às garantias judiciais de vítimas integrantes do Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra (MST), assim como a possibilidade de que tivessem acesso a um recurso rápido, efetivo e simples, conforme estabelecido pelos arts. 8º e 25 da CADH. No caso, um oficial da Polícia Militar requereu uma interceptação telefônica de alvos integrante do MST, afirmando que seriam suspeitos de praticar atividades criminosas. A Juíza, a despeito da ilegitimidade do requerente, que não tinha vínculos com a comarca, a despeito da oitiva prévia do Ministério Público, ausente qualquer investigação formal, e sem a necessária narrativa

³⁰⁷ Corte IDH, *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*, Mérito, Reparação e Custas, sentença de 4 de julho de 2006, Série C, n. 149, §§245 a 248.

³⁰⁸ Corte IDH, *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*, Mérito, Reparação e Custas, sentença de 4 de julho de 2006, Série C, n. 149, §§209 e 210.

³⁰⁹ MAZUOLI; FARIA; OLIVEIRA; op. cit., p. 138-139.

detalhada da prática criminosa, deferiu a medida sem sequer fundamentar sua decisão. Como resultado, os diálogos ainda foram vazados e reproduzidos em programas televisivos de alcance nacional, bem como subsidiou, ainda, entrevistas coletivas com a imprensa pelo então Secretário de segurança Pública do Estado do Paraná, relativamente às desocupações realizadas em acampamentos do MST.

Todas essas arbitrariedades praticadas foram alvos de regular persecução penal pelo Ministério Público, que enviou *notitia criminis* contra a magistrada, os oficiais da Polícia Militar e o ex-Secretário de Segurança Pública. Entretanto, mas a representação criminal contra a magistrada e os policiais militares foi arquivada. O ex-Secretário de Segurança foi denunciado e condenado em primeira instância, mas absolvido perante o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Todas essas omissões do Estado brasileiro ensejaram a sua condenação internacional por graves violações de direitos humanos reconhecida, além de gerar o direito à reparação, dentre outras providências.³¹⁰

O Brasil foi condenado pela quarta vez na Corte IDH por conta do Caso Lund e Outros, no ano de 2010. De acordo com o processo internacional, durante o período de ditadura militar, que abrangeu os anos de 1964 a 1985, setenta brasileiros, incluindo membros do Partido Comunista do Brasil (PCB) e camponeses da região do Araguaia, localizada na fronteira entre os Estados de Tocantins, Pará e Maranhão, conhecida como "Bico do Papagaio", foram detidos de forma arbitrária, submetidos a torturas e desapareceram como resultado das operações conduzidas pelo Exército brasileiro. Essas operações tinham como objetivo suprimir a resistência ao governo ditatorial e são conhecidas como a "Guerrilha do Araguaia".

Os eventos não foram devidamente investigados, e os responsáveis por eles não enfrentaram consequências legais. Além disso, em 1979, o Congresso Nacional aprovou a Lei de Anistia (Lei nº 6.683/79), que concedeu perdão aos crimes cometidos naquela época. Durante mais de duas décadas desde o início do período democrático, o Ministério Público Federal (MPF) permaneceu inerte, falhando tanto na iniciativa de conduzir investigações quanto em sua atuação ao apoiar a ampliação da anistia de 1979 para abranger os agentes de repressão brasileiros. Isso, em última análise, resultou na impunidade em relação aos eventos ocorridos durante a ditadura militar.

No caso, entendeu-se que Brasil foi omissos no dever de investigar e punir autores de desaparecimento forçado contra 70 vítimas, violando obrigações positivas previstas no art. 1º (dever de respeitar direitos), art. 2º (dever de adotar disposições do direito interno), art. 3º

³¹⁰ Ibid., p. 143-146.

(direito ao reconhecimento da personalidade jurídica), art. 4º (direito à vida), art. 5º (direito à integridade pessoal), art. 7º (direito à liberdade pessoal), art. 8º (garantias judiciais), art. 13º (liberdade de pensamento e expressão) e art. 25º (proteção judicial) da CADH. Reconheceu-se ainda que o Estado brasileiro não pode invocar seu direito interno (prescrição, *bis in idem* etc.) para deixar de cumprir as sentenças da Corte IDH.³¹¹

A quinta condenação do Estado brasileiro na Corte IDH adveio do Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde. Apurou-se que, nos anos 80, a referida fazenda, localizada no Estado do Pará, recebeu centenas de trabalhadores rurais que foram atraídos por promessas de emprego, e acabam sendo submetidos a situação de escravidão, com jornadas exaustivas de trabalho e proibição de se ausentar da fazenda por dívidas contraídas com seus empregadores. Somente no ano 2000 foi iniciada a persecução penal referente a tais fatos, mas o Ministério Público Federal postulou o reconhecimento da prescrição penal pela pena em perspectiva, sendo arquivada a ação penal.

A Corte IDH concluiu que a aplicação do instituto da prescrição penal naquele caso, possibilitando a impunidade, representou violação ao art. 25 da CADH, relativa aos arts. 1º e 2º do mesmo diploma convencional, determinando que o Estado brasileiro adotasse medidas necessárias para garantir que a prescrição não seja aplicada ao Delito Internacional de escravidão e suas formas análogas.³¹²

No caso Favela Nova Brasília, que resultou na sexta condenação do Estado brasileiro na Corte IDH, julgado em 2017, reconheceu-se a omissão nacional em investigar e punir crimes praticados por agentes de segurança. Entre os anos de 1995 e 1996, 26 pessoas foram executadas pela Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro na “Favela Nova Brasília”, mortes justificadas por supostos atos de resistência à prisão, o que incluiu três mulheres, que também foram alvos de tortura e violência sexual, bem como dois menores de idade.

O crime foi objeto de investigação por inquérito policial, arquivado em 2009 sob o argumento de que o confronto remetia às consequências complexas do que se entedia por uma “guerra”, culminando com mortes e pessoas feridas. Em razão das falhas nas investigações, o Ministério Público iniciou uma nova apuração sobre os fatos no ano de 2012, mas o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro trancou e arquivou o procedimento investigativo sob o fundamento de que os investigados estavam sofrendo “tortura psicológica” em virtude de “perpetuação investigatória” por longo período.

³¹¹ Ibid., p. 150-155.

³¹² Ibid., p. 155-159.

Em razão disso, a Corte IDH condenou o Estado brasileiro por violação às obrigações positivas do art. 8º (garantias judiciais), art. 25 (dever de proteção judicial), da CADH, em face do art. 1º (dever de respeitar direitos) e art. 5º (direito à integridade pessoal). Foi determinado ainda que o Brasil conduzisse de forma eficaz a investigação sobre as mortes ocorridas, bem como fixado o prazo de um ano para que o Estado brasileiro estabeleça mecanismos normativos para o fim de, nas hipóteses de mortes, tortura ou violência sexual decorrentes de intervenção policial, onde estes sejam possíveis acusados, a investigação seja realizada por órgão independente diferente da força pública.³¹³

A oitava condenação brasileira na Corte IDH se refere ao Caso Xucuru, julgado em 2018, que tratou sobre a ineficácia do Estado brasileiro na garantia do direito à terra do povo indígena em Pesqueiras/PE. As primeiras evidências históricas da presença do povo Xucuru no agreste de Pernambuco datam do século XVI. O processo de demarcação da terra indígena Xucuru, situada em Pesqueira (PE), teve início em 1989, logo após a promulgação da CR/88, que assegura aos indígenas a posse das terras que tradicionalmente ocupam. A demarcação, embora tenha se desenrolado lentamente, só foi concluída em 2005. Durante esse período, a demora no processo gerou tensões entre os indígenas e a população não indígena, resultando na morte de líderes Xucuru, incluindo um cacique.

Mesmo após a conclusão da demarcação, o Estado não efetuou a retirada completa dos ocupantes não indígenas das terras nos anos subsequentes, até que a Corte IDH proferisse sua sentença. Além disso, dois processos judiciais, um buscando a reintegração de posse e outro visando à anulação do processo administrativo de demarcação, ainda não haviam sido resolvidos de forma definitiva naquela época.

A sentença obrigou o Estado brasileiro à obrigação de cobrir as despesas legais e custos no valor de US\$ 1 milhão como compensação, além de determinar que o Brasil garantisse, de forma imediata e eficaz, o reconhecimento do direito de propriedade coletiva do povo indígena Xucuru sobre seu território. Isso também incluiu a conclusão do processo de demarcação, o pagamento de compensações por melhorias nas terras e a remoção de quaisquer obstáculos ou interferências no referido território.³¹⁴

Bastante similar à condenação brasileira no Caso Lund e Outros, a oitava condenação brasileira no Corte IDH ocorreu em razão do caso Vladimir Herzog, então diretor

³¹³ Ibid., p. 159-162

³¹⁴ ReuBrasil. **Caso do Povo Indígena Xucuru e seus membros versus Brasil**. Disponível em: <https://reubrasil.jor.br/caso-do-povo-indigena-xucuru-e-seus-membros-versus-brasil/>. Acesso em: 7 de set. de 2023.

do departamento de telejornalismo da TV Cultura e membro do Partido Comunista Brasileiro, também foi vítima da ditadura militar, sendo preso arbitrariamente, torturado e assassinado por agentes do Estado no ano de 1975. O Ministério Público Federal entendeu pela prescrição dos fatos criminosos, sendo arquivado o inquérito pelo Poder Judiciário, em razão do que a Corte IDH entendeu que o Estado brasileiro deixou de compatibilizar as obrigações positivas assumidas na seara internacional, admitindo a prescrição de crimes de lesa-humanidade de modo contrário aos precedentes da corte.³¹⁵

Na nona condenação do Estado brasileiro da Corte IDH, no ano de 2020, em razão do Caso Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus, repetiu-se a máxima que vem sendo reiteradamente repetida pelo Juízo internacional: o Brasil se omite em promover a punição de agentes violadores de direitos humanos e desampara as vítimas criminais. Neste caso, uma fábrica de fogos de artifício localizada em Santo Antônio de Jesus, Estado da Bahia, operava irregularmente e explodiu no ano de 1998, ceifando a vida de 64 mulheres, dentre elas 20 crianças, e feriu 6 trabalhadoras, todas elas em situação de vulnerabilidade econômica e social, que em sua maioria eram pretas.³¹⁶

A décima condenação adveio do Caso Barbosa de Souza e Outros, no ano de 2021, e diz respeito ao homicídio praticado contra Márcia Barbosa de Souza pelo então deputado estadual pelo Estado da Paraíba Aécio Pereira de Lima, que teve a participação de outras quatro pessoas, em fato ocorrido no dia 17 de junho de 1998. O Brasil foi condenado pela Corte IDH por violar direitos e garantias judiciais contidos no art. 8.1, 24 e 25 da CADH, bem como por se omitir do dever de zelo para prevenção, investigação e punição de atos de violência contra mulheres, previsto no art. 7º(b) da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher.³¹⁷

Sobre as dez condenações brasileiras na Corte IDH, não é forçoso concluir que o nosso Estado nacional se esquivava sistematicamente em conferir efetividade às obrigações processuais penais positivas contidas no Pacto San Jose da Costa Rica, promovendo perseguições penais deficientes em um ciclo de ineficiência que vulnerabiliza os direitos humanos das vítimas de crimes e seus familiares.

Quanto à exequibilidade doméstica das decisões da Corte Interamericana, cumpre destacar que se trata de sentenças internacionais, e não estrangeiras, sendo desnecessário, portanto, passar pelo procedimento homologatório previsto no nosso ordenamento jurídico

³¹⁵ Ibid., p. 162-166.

³¹⁶ Ibid., p. 166.

³¹⁷ Ibid., p. 168-169.

interno (art. 105, I, i, da CR/88; arts. 960 a 965 do CPC; arts. 15 a 17 da LINDB) para que tenha exequibilidade. De acordo com o art. 68, §1º, as sentenças da Corte IDH têm eficácia imediata na nossa ordem jurídica, devendo ser cumpridas de plano pelo Estado brasileiro.³¹⁸

O capítulo das sentenças da Corte IDH que se refere à reparação dos danos deve ser cumprido pela União, que se responsabiliza, no plano interno, pelos atos da República quando condenada internacionalmente, nada obstando o direito de regresso contra quem efetivamente deu causa à condenação, conforme o caso. Entretanto, a grande dificuldade se refere à execução dos deveres de investigar e punir os responsáveis pelas violações de direitos humanos. São deveres que estão implícitos da CADH e que foram repetidas vezes determinadas ao Estado brasileiro.

À luz da jurisprudência da Corte IDH, é possível apontar três deveres que os Estados condenados têm que obedecer quando assim o forem determinados na sentença: a) *indenizar* a vítima ou seus familiares; b) *investigar* toda violação ocorrida, sem qualquer atenuação das leis internas, para que novos fatos semelhantes não se repitam; c) *punir* os responsáveis pelas violações. Essa tríade – indenização, investigação e punição – compõe o núcleo duro dos deveres estatais relativamente às sentenças emanadas pelo Corte IDH.³¹⁹

Caso o Estado não obedeça às determinações da Corte IDH, está incorrendo em nova violação do Pacto San Jose da Costa Rica, sendo possível a abertura de novo processo contencioso contra o Estado. Cumpre à vítima ou ao Ministério Público Federal (art. 109, III, da CR/88) deflagrar ação judicial para garantir o efetivo cumprimento da sentença, que vale como título executivo e tem aplicação imediata.³²⁰

Diante do cenário de impunidade generalizada em matéria criminal, não seria exagerado afirmar que a ineficácia dos procedimentos de investigação nacionais configura uma situação violadora de direitos humanos, que vulnera especialmente a dignidade das vítimas criminais.

A presença dos elementos característicos dessa situação atípica é evidente na realidade social e nas práticas do sistema de justiça criminal nacional. Isso ocorre porque os critérios delineados pelo Supremo Tribunal Federal (STF) na ADPF 347³²¹, que incluem (i) a constatação de uma violação generalizada e massiva de direitos fundamentais, (ii) a inércia ou

³¹⁸ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020, p. 128-129.

³¹⁹ Ibid., p. 130.

³²⁰ Ibid., p. 130.

³²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **ADPF 347**. Rel. Min. Marco Aurelio, 4 de outubro de 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>. Acesso em: 13 out. 2023.

incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em corrigir a situação e (iii) a necessidade de ação coordenada de múltiplos órgãos estatais para resolver as violações, também se aplicam quando se verifica o não cumprimento das normas internacionais de direitos humanos das quais o Estado brasileiro é signatário.³²²

Sobre a tutela dos direitos das vítimas na jurisprudência de direitos humanos, esclarece Douglas Fischer e Frederico Valdez Pereira:

É importante deixar claro que a tutela das vítimas que se extrai da jurisprudência de direitos humanos, e que aqui se faz referência, não abrange apenas a necessária consideração da pessoa ofendida pelo delito em relação a quanto pode ocorrer no curso do procedimento penal, ou seja, aos seus direitos e interesses no interior do processo. O fator que impulsiona a afirmação das obrigações estatais de esclarecer os crimes se relaciona, mais propriamente, com a exigência de salvaguarda da vítima que se realiza por intermédio do mecanismo penal; o que permite reconhecer um direito das pessoas agredidas à colocação em prática de procedimento penal adequado e efetivo, sempre que tenham sido submetidas a violações relevantes em seus direitos fundamentais.³²³

Trata-se de uma grave e crônica deficiência do nosso sistema de justiça criminal, que ainda não amadureceu ao ponto de assimilar e incorporar as determinações convencionais do qual é signatário, importando, com isso, em constantes violações de direitos humanos das vítimas criminais, contribuindo incessantemente com a vitimização secundária. A Corte IDH tem destacado não só direitos de defesa, mas verdadeiras obrigações processuais penais positivas para conter violações de direitos humanos, onde o nosso Estado nacional insiste em invisibilizá-las, retroalimentando um ciclo interminável de violência institucional contra as vítimas criminais.

4.4 Desconstruindo o mito da antítese entre direitos das vítimas e dos acusados

A premente necessidade de tornar mais eficiente a tutela dos direitos das vítimas criminais acaba sendo usualmente utilizada para fundamentar discursos radicais e punitivistas, que buscam tão apenas o enrijecimento do tratamento conferido aos acusados durante a persecução penal. São doutrinas que costumeiramente se utilizam falaciosamente de uma causa nobre – direito das vítimas penais – para tão apenas buscar tratamento mais rigorosos aos acusados no processo penal. A preocupação central de alguns doutrinadores que advogam sobre a causa da vítima penal não é uma preocupação genuína com a dignidade da pessoa humana desta, mas, acima disso, a busca por um processo penal mais rígido.

³²² Ibid., p. 149-150.

³²³ FISCHER; PEREIRA, op. cit., p. 106.

Destaque-se que em nenhum momento se ignora a necessidade de, em determinados casos, serem lançadas discussões sobre o enrijecimento de penas com o fito de tornar mais severo o tratamento conferido aos acusados, desde que previamente abastecidas essas discussões de um amplo e plural debate fundamentado em estudos de cunho político-criminal. O que não se pode é resumir, como muitas vezes ocorre, a tutela das vítimas à tais bandeiras.

A tutela da vítima no processo penal não se dissocia dos interesses sociais, que passa também pelo estudo de uma política criminal que busque equilíbrio entre os interesses individuais dos réus e da sociedade, especialmente no que se refere à segurança, imanente a um Estado Democrático de Direito. Assim, a crítica não reside ao conteúdo do discurso, algo que extrapolaria inclusive os objetivos de trabalho científico, mas à forma que uma pauta nobre como *direito das vítimas* costuma ser utilizada para fundamentar alguns discursos que pouco – ou quase nada – falam sobre o referido conteúdo.

Numa sociedade que presencia atualmente um momento histórico de forte tensionamento e polarização política, o tema *direito das vítimas* frequentemente é utilizado como um mastro para sustentar discursos de cunhos conservadores, que possuem, por finalidade última, o enrijecimento do tratamento jurídico aplicado aos acusados no processo penal. Esse trabalho científico rejeita essa concepção. Com efeito, a utilização dos direitos das vítimas apenas como um mastro para levantar a bandeira de pautas ideológicas fragiliza a sua importância e degenera o conteúdo do tema.

As políticas públicas destinadas a proteger as vítimas no âmbito do processo penal não devem ser sujeitas a interesses políticos partidários ou ao arbítrio de grupos detentores de cargos eletivos. É crucial buscar estratégias de controle da criminalidade que tenham um enfoque tanto preventivo quanto reparatório, ou seja, uma abordagem criminal que esteja mais alinhada com a realidade social, visando à estabilização da sociedade do ponto de vista vitimológico.³²⁴

O grau de influência na formulação das políticas públicas em prol das vítimas de crimes, conforme se observa na legislação federal na última década, demanda uma estrutura institucional que vá além da tradicional separação de poderes. Com base nas disposições da Lei nº 11.340/2006, estamos tratando de um conjunto coordenado de ações, juntamente com uma integração operacional entre o Poder Judiciário, o Ministério Público e a Defensoria Pública,

³²⁴ SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; CANÇADO, Mayara Lopes. **Políticas Públicas de proteção à vítima: uma proposta de arranjo institucional de segurança pública**. Revista Opinião Jurídica (Fortaleza), v. 15, n. 20, p. 32–58, 12 jul. 2017, p. 49.

em conjunto com áreas relacionadas à segurança pública, assistência social, saúde, educação, trabalho e habitação.³²⁵

Essa integração operacional implica em uma atuação mais colaborativa entre os diversos atores, em que cada um complementa a ação do outro, sem uma distribuição rígida de atribuições e competências. Cada ator deve compreender a importância de seu papel para a eficácia da política pública. Destaca-se o relevante papel da sociedade civil como um dos atores envolvidos nessas políticas públicas, contribuindo para a efetivação do direito social à segurança pública. A democracia não deve ser apenas vista como um sistema representativo, mas sim como uma prática política. "A democracia como prática política implica um projeto ético de construção do bem comum através da participação cidadã".³²⁶

A eficácia e a efetividade na implementação das políticas públicas voltadas para o atendimento às vítimas pressupõem a necessidade de um diálogo estreito entre organizações, com a participação ética da sociedade civil e de todos os demais envolvidos, comunicando-se e cooperando entre si, com um único propósito: realizar ações de proteção às vítimas de crimes.³²⁷

Sobre ao assunto, adverte Ana Sofia Schimidt de Oliveira:

A primeira direção, aquela que aponta para um antagonismo entre os direitos das vítimas e os direitos dos acusados, critica o direito penal voltado exclusivamente para o criminoso e contrapõe o excesso de direitos e garantias destes aos praticamente inexistentes direitos das vítimas. Revela um certo inconformismo com o que considera uma tendência do direito penal de proteger os culpados e descuidar dos inocentes e, em uma visão maniqueísta, propõe, para a proteção dos inocentes, a exclusão dos culpados.³²⁸

Nesse contexto, cumpre compreender, em uma breve digressão histórica, as origens dessa abordagem. No final da década de 1960, vários políticos conservadores norte-americanos passaram a rejeitar decisões judiciais que, por garantir direitos aos acusados, passaram a ser vistas como instrumentos que impediam a polícia de trabalhar, ganhando cada vez mais apoio da opinião pública. A pretexto de tutelar a vítima, nasceu o movimento "Lei e Ordem", plataforma eleitoral da campanha vencedora do presidente Richard Nixon (1969-1974), que propunha um tratamento mais duro aos criminosos como forma, dentre outras razões, de tutelar os direitos das vítimas.³²⁹

Posteriormente, associado ao movimento feminista, o movimento "Lei e Ordem" ganhou ainda mais força. Já na era Reagan, houve um incremento do movimento, especialmente

³²⁵ Ibid., p. 49.

³²⁶ Ibid., p. 49.

³²⁷ Ibid., p. 49.

³²⁸ OLIVEIRA, op. cit., p. 122.

³²⁹ Ibid., p. 123.

a partir de 1982, que foi o ano da criação de uma comissão eleitoral ligada ao referido presidente, e integrada por políticos conservadores, que tinha por finalidade elaborar propostas para proteção às vítimas (*President's Task Force on Victims of Crime*). Assim, já na década de 1980 era possível perceber um nítido antagonismo entre os direitos das vítimas e dos acusados nas discussões de política criminal.³³⁰

Sem dúvidas, naquele momento histórico em que a vítima, sob qualquer prisma, estava totalmente invisibilizada, o movimento “Lei e Ordem” resgatou, ainda que por vias atualmente questionáveis, a necessidade de lançar um olhar sob seus direitos. Entretanto, há de se reconhecer também que a bandeira da vítima não teve, assim como em muitas das oportunidades que é levantada atualmente, uma preocupação fidedigna.

A atenção à vítima não raras vezes costuma ocupar uma bandeira vazia, onde o interesse é predominantemente punitivo. Não se pode reduzir a tutela dos direitos das vítimas a um sistema retributivo que, ainda para os que entendem ser o mais adequado, pouco tem contribuído para impulsionar os interesses das vítimas, visto que tem por foco tão apenas o criminoso.

Vítima e agressor estão naturalmente em posições opostas na persecução penal e, em razão disso, costumam perseguir interesses distintos, embora não se possa tratar tal premissa como algo absoluto. Não cumpre ao Estado escolher a qual sujeito deve oferecer a carta magna de direitos e garantias fundamentais. Tampouco, em se tratando de direitos humanos, podemos afirmar que somente um deles – vítima ou acusado – seja merecedor de sua aplicação no caso concreto, vide que, conforme é sabido, tem como características essenciais a universalidade³³¹ e a indivisibilidade³³².

Sobre o tema, ensina Fabiola Moran:

³³⁰ *Ibid.*, p. 123.

³³¹ “A universalidade dos direitos humanos consiste na atribuição desses direitos a todos os seres humanos, não importando nenhuma outra qualidade adicional, como nacionalidade, opção política, orientação sexual, credo, entre outras. A universalidade possui vínculo indissociável com o processo de internacionalização dos direitos humanos. Até a consolidação da internacionalização em sentido estrito dos direitos humanos, com a formação do Direito Internacional dos Direitos Humanos, os direitos dependiam da posituação e proteção do Estado Nacional.”. RAMOS, 2018, p. 100.

³³² “A indivisibilidade consiste no reconhecimento de que todos os direitos humanos possuem a mesma proteção jurídica, uma vez que são essenciais para uma vida digna. A indivisibilidade possui duas facetas. A primeira implica reconhecer que o direito protegido apresenta uma unidade incindível em si. A segunda faceta, mais conhecida, assegura que não é possível proteger apenas alguns dos direitos humanos reconhecidos⁵⁸. O objetivo do reconhecimento da indivisibilidade é exigir que o Estado também invista – tal qual investe na promoção dos direitos de primeira geração – nos direitos sociais, zelando pelo chamado mínimo existencial, ou seja, condições materiais mínimas de sobrevivência digna do indivíduo. A indivisibilidade também exige o combate tanto às violações maciças e graves de direitos considerados de primeira geração (direito à vida, integridade física, liberdade de expressão, entre outros) quanto aos direitos de segunda geração (direitos sociais, como o direito à saúde, educação, trabalho, previdência social etc.). RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 103.

Adota-se, portanto, “a concepção contemporânea dos direitos humanos”, assim reconhecidos como unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada, dentro da qual os conceitos de igualdade e de liberdade não se antagonizam, mas se completam.

A Constituição Federal, ao traçar normas de direitos fundamentais de caráter imperativo, sob a prevalência da dignidade da pessoa humana, determina em seu texto normas vinculantes quanto à necessidade de integração e compatibilização de interesses de vítimas e acusados, acrescentando-se, nesse ponto, a sua orientação internacionalista guiada pela prevalência dos direitos humanos.³³³

Com isso, pretende-se afirmar algo que soa óbvio: tanto vítimas como acusados são possuidores de direitos fundamentais e merecem ter seus interesses tutelados durante a persecução penal. A tutela dos direitos de um sujeito não implica necessariamente em amputar os direitos do outro, muito embora, em certos casos, possa haver uma colisão de direitos e/ou interesses.

O grande equívoco da dialética simplista está em enxergar o direito da vítima apenas sob a ótica da punição e encarceramento de seu algoz. É bem verdade que a resposta punitiva ainda está arraigada em nossa sociedade, o que acaba por refletir também na satisfação dos interesses da vítima durante a persecução criminal.³³⁴

Porém, não podemos resumir os direitos da vítima criminal apenas sob a ótica da punição/responsabilização do autor do delito, pois esta é apenas uma das facetas dentre tantas outras pertinentes aos direitos das vítimas. Nos socorremos novamente da Resolução nº 40/34 da ONU, que trata sobre a Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder, que afirma que são direitos das vítimas³³⁵: a) Acesso à justiça e tratamento equitativo; b) Obrigação de restituição e de reparação; c) Indenização; d) Serviços.

³³³ MORAN, op. cit., p. 42.

³³⁴ Alline Pedra Jorge realizou relevante pesquisa científica em sua dissertação, apresentada à Faculdade de Direito de Recife (Universidade Federal de Pernambuco), intitulada “Em busca da satisfação dos interesses da vítima penal”. Apresentada no ano 2002, quando então ainda eram nascentes alguns institutos despenalizadores como suspensão condicional do processo e transação, bem como inexistentes institutos como acordo de não persecução penal, a autora realizou pesquisa de campo em que entrevistou vítimas penais, questionando-as sobre a satisfação dos seus interesses, onde chegou à seguinte conclusão: “O sentimento de vingança está efetivamente muito arraigado no nosso senso coletivo. A pena privativa de liberdade ainda é a mais esperada, apesar de sabermos não apresentar nenhuma eficácia social. Mas, para a vítima, o fato do acusado estar preso a deixa mais tranqüila, pois dificilmente terá que encontrá-lo novamente. No aspecto psicológico da vítima, isto representa efetivamente um alívio. Interessante é a comparação que fizemos entre nível de escolaridade e pena desejada. As vítimas que tinham um nível de escolaridade melhor, entre ensino médio e superior, falavam na pena privativa de liberdade visando à ressocialização do agressor, para que o mesmo não praticasse mais aquela conduta com outras pessoas. Já as pessoas que não chegaram a concluir nem o ensino fundamental, enxergavam na prisão a possibilidade de satisfazerem seus desejos de vingança pessoal”. PEDRA JORGE, op. cit..

³³⁵ Resolução nº 40/34 da ONU. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/ajus/prev29.htm>. Acesso em: 2 de jul. 2023.’

Assim, a atenção com a vítima durante a persecução penal transcende ao mero aspecto da punição – ou, como preferimos, a responsabilização – do autor do fato, perpassando por diversos outros aspectos que são tão dignos de importância quanto esse para prevenir a revitimização, fator primordial que leva ao afastamento entre a vítima e o sistema de justiça criminal.

Não estamos, com isso, defendendo que inexistente conflito de interesses durante a persecução penal entre vítima e acusado. Obviamente, ele existe na mais imediata das consequências de um crime: a punição/responsabilização. Se não é correto generalizar que todo autor de um delito almeje a impunidade e que todas as vítimas desejem a punição, também não podemos nos esquivar de dizer o óbvio: é natural que esses sentimentos estejam presentes no réu e na vítima, respectivamente.

Sobre o assunto, há de se registrar a existêcia de abalizada doutrina que sustenta a existêcia de um direito fundamental da vítima à impunidade, que derivaria da cláusula pétrea da obrigatoriedade da ação penal pública pelo Ministério Público. Um dos grandes expoentes dessa razoável interpretação, Américo Bedê Junior argumenta:

O nosso artigo 5º da CF não deixa dúvidas ao prever a ação penal privada subsidiária da pública como meio de propor uma demanda toda vez que a ação pública não for proposta no prazo legal. É possível reconhecer, então, nessa possibilidade de movimentação da máquina processual pela vítima, o reconhecimento material do direito da vítima de combate à impunidade.

A inércia do MP não é tolerada. O constituinte transfere a possibilidade de iniciar a ação, colocando como direito fundamental a ação movida pela vítima¹⁹ ou por qualquer pessoa da sociedade como forma de evitar a impunidade. A regra constitucional tradicionalmente era lida apenas em seu aspecto processual como uma regra de titularidade, mas veja que ela interfere como uma exceção no artigo 129, inciso I, da CF, com o peso de ser uma cláusula pétrea.³³⁶

Da mesma forma entende Sérgio Rebouças, quando afirma:

A propósito, o sistema brasileiro até apresentou, em 1988, uma mudança de postura relevante, ao instituir ação penal subsidiária da pública como direito fundamental do ofendido, consagrado no art. 5º, inciso LIX, da Constituição Federal.³³⁷

Em uma célebre e brilhante figura de linguagem, afirma-se que “o processo penal é, simultaneamente, o escudo e a espada”³³⁸. Assim, se por um lado cumpre ao Estado promover

³³⁶ JÚNIOR, Américo Bedê Freire. **O combate à impunidade como direito fundamental da vítima e da sociedade**. Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, v. 14, n. 2, 2018, p. 158.

³³⁷ REBOUÇAS, Sergio. Curso de Direito Processual Penal, volume 2. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2022, p. 67.

³³⁸ Essa afirmação, incorporada por Américo Bedê Junior no já citado artigo, é também utilizada na doutrina nacional por Douglas Fischer, e tem como âncora, na doutrina internacional, as lições de Françoise Tulkens em sua obra “The paradoxical relationship between criminal law and human rights”, publicada na Journal of International Criminal Justice, Oxford, vol. 3, p. 578, July 2011, a qual atribuiu a origem da locução “the dual ‘shield’ and ‘sword’ function of criminal justice” a uma exposição feita pela ex-juíza da Corte Penal Internacional

uma persecução penal dentro de limites legais razoáveis para que o acusado não seja submetido a julgamentos arbitrários, por outro não é possível ser conivente com uma persecução penal que tem por finalidade apenas atender aos interesses do autor do delito.

A ausência de uma resposta penal gerada pela impunidade ocasiona uma justa revolta nos sentimentos das vítimas, que se vê duplamente desamparada pelo Estado que, além de não evitar o cometimento do crime, ainda foi condescendente com o criminoso, além de afugentar a sociedade do sistema de justiça criminal, crescendo ainda mais um muro que a separa das vítimas, contribuindo para a elevação do índice de cifras ocultas. Sobre o assunto, Silva Sánchez afirma que:

Por outro lado, contudo, aqui se apresenta a suposta necessidade de transformar o *jus puniendi* (direito de castigar) do Estado em um dever deste em face da vítima, que seria a autêntica titular do direito. No horizonte do debate aparece, em primeiro plano, a questão dos “delitos de impunidade” como fenômeno jurídico-político, embora a questão teórica obviamente transcenda a este. Mas é significativo que, ao final, a lógica do “dever de castigar” converta o Estado em “partícipe da lesão pública da justiça”, como se sugere. FLETCHER chega a afirmar literalmente que “o fato de deixar de castigar intencionalmente os agentes que, não obstante, mereceriam uma pena, leva a uma responsabilidade indireta pelo delito”.³³⁹

Sem embargo da eventual existência de cisão de interesses entre vítimas e acusados no curso de um determinado processo, o que é natural, entendemos não haver, no campo estritamente jurídico, que é o que nos compete, um conflito de interesses entre acusados e vítimas durante a persecução penal quando se trata de uma prestação jurisdicional de matriz constitucional.

O processo não foi celebrado como um instrumento de satisfação de interesses pessoais e egoísticos, pois entendimento diverso levaria à kafkiana conclusão de que um processo penal adequado à luz do autor do delito seria a sua absolvição, por qualquer que fosse o motivo. Da mesma forma, não é papel do processo penal satisfazer os interesses mais íntimos das vítimas, especialmente nas hipóteses em que elas estão embriagadas pela sede de uma desmedida vingança.

Acerca do alcance da justiça de um processo que se afirme justo sob o filtro convencional, afirma Frederico Valdez Pereira que, embora o cânone de justiça do processo

Christine Van den Wyngaert em 1995. Pela ótica da vítima, também se utilizou da mesma figura de linguagem a obra “Lo scudo e la spada, esigenze di protezione e poteri delle vittime nel processo penale tra Europa e Italia”, escrito por ALLAGREZA, Silvia, et al., Torino: G. Giapelli, 2012. Em seus apontamentos, defende-se que o processo opera tanto como fundamental instrumento de proteção e mecanismo destinado a satisfazer o anseio da justiça, mas pode também reproduzir experiências traumáticas a vítimas vulneráveis, funcionando como “lo scudo e la spada”. FISCHER; PEREIRA op. cit., p. 18.

³³⁹ SÁNCHEZ, 2011, p. 91, apud JÚNIOR, op. cit., p. 154.

seja usualmente visto apenas para salvaguardar os direitos e garantias processuais dos acusados - o que acaba por induzir muitos autores a qualificar o processo de *justo* quando atenda aos interesses da defesa - a justiça é um preceito conglobante apto a acolher também a tutela da qualidade da jurisdição e do êxito emanado ao final do processo de acerto das responsabilidades.³⁴⁰ Assim, qualidade da jurisdição deve ser medida não só pela adequada prestação jurisdicional oferecida ao acusado, mas também à vítima penal.

O resultado – a condenação ou a absolvição – não são as medidas de uma conformidade do processo aos preceitos convencionais, uma vez que nenhum procedimento pode assegurar a justiça do resultado alcançado. O que deve ser observado é o estabelecimento de condições cognitivas ótimas para que resultados justos sejam alcançados, de forma que a justiça é o *valor*, e não propriamente o *resultado*.³⁴¹ A justiça substancial é decorrência de um procedimento previamente determinado, e, nesse sentido, o procedimento deixa de ser um mero instrumento para realização de critérios de justiça antecipadamente determinados para se tornar a condição suficiente ao alcance da justiça substancial.³⁴²

Conquanto a análise da justiça no processo não possa ser medida a partir do grau de satisfação subjetiva dos participantes com o procedimento, dado que o sentimento dos envolvidos de que eles foram ou não tratados de forma justa possa estar equivocado a partir de padrões objetivos básicos da justiça, ela não pode ser desconsiderada nas avaliações de *procedural justice*. A confiança no procedimento adotado tem relação direta com a convicção de que a lei foi corretamente adotada, com segurança na correção e nos resultados.³⁴³

Em razão disso, é imperioso atrelar o princípio da dignidade da pessoa humana como valor supremo dentro de uma persecução penal que se afirme justa, qualidade a ser avaliada sob a ótica concomitante do acusado e da vítima, indistintamente. Obviamente, quando assim afirmamos, não estamos atrelando a justiça do processo à satisfação pessoal dos envolvidos com o resultado do procedimento, aspecto este que, conforme já foi mencionado, é essencialmente subjetivo.

A dignidade da pessoa humana é um valor imanente dentro da taxinomia processual, e que deve ser assegurado em todo o procedimento, abstraindo-se de preocupações com o resultado. Assim, a percepção da justiça do procedimento sob as luzes da dignidade da

³⁴⁰ PEREIRA, op. cit., p. 26.

³⁴¹ Ibid., p. 115-116.

³⁴² Ibid., p. 124.

³⁴³ Ibid., p. 148.

pessoa humana decorre da forma como são tratados os litigantes, em observação à perspectiva kantiana de que cada pessoa deve ser tratada como um fim em si mesmo.³⁴⁴

Logo, a aplicação do imperativo categórico kantiano ao processo penal, ou seja, o de que acusado e vítima devem ser tratados como fins em si mesmos, acaba por implicar a necessidade de considerar um conjunto de valores e direitos processuais a cada um dos envolvidos de forma independente dos resultados alcançados.

A despeito das considerações supra articuladas, não ignoramos que a responsabilização do autor do crime é parâmetro de suma relevância quando estamos tratando sobre respeito ao direito das vítimas. Como afirma Valerio Mazzuoli, “punir é standard de direitos humanos”.³⁴⁵ Referenciamos a frase do autor porque, em razão da precisão de suas palavras, ela tem sido citada por diversos outros estudiosos da temática vitimária. No entanto, preferimos adaptá-la para “responsabilizar é standard de direitos humanos”, como forma de acreditar que o termo *responsabilização* abre espaço para múltiplas respostas estatais, em determinados casos, podem apresentar efeitos mais positivos tanto para vítima quanto para o acusado que a mera punição, termo semanticamente mais identificado com a ideia de encarceramento.

Assim, a responsabilização do acusado deve ter por parâmetro uma persecução que respeite o conjunto de regras postas no ornamento jurídico e que conduzam a sequência de atos processuais geradoras de uma sentença penal. Fixando esse parâmetro como o ideal, não enxergamos, objetivamente, qualquer antítese entre os direitos dos acusados e das vítimas, muito embora o resultado do processo, sob o viés subjetivo, possa não agradar os sujeitos processuais.

Não ignoramos que existe uma série de problemáticas, especialmente em se tratando do panorama nacional, onde as principais instituições responsáveis pela persecução penal não possuem a necessária infraestrutura e solidez institucional para promover investigações e processos penais adequados, principalmente quando comparamos com sistemas jurídicos oriundos de países mais desenvolvidos. Com isso, não raramente diversos crimes sequer chegam a ser investigados, e, quando o são, muitas persecuções acabam sendo inviabilizadas pela ampla gama de invalidades processuais existentes, ou mesmo pela prescrição.

³⁴⁴ Ibid., p. 153-155.

³⁴⁵ Mazzuoli, Valerio (ValerioMazzuoli). “Punir é standard de direitos humanos”. 8 de fevereiro de 2021, 11:02pm. Tweet.

Há de se reconhecer, nesses casos, uma clara hipótese de vitimização secundária, pois o Estado acaba por ocasionar mais um dano à vítima criminal, quer em razão da mora em responsabilizar, ou porque não logra êxito em garantir uma persecução penal descontaminada de graves invalidades. E, nesses casos, cumpriria ao Estado arcar com os encargos de sua deficiência, ofertando à vítima do crime uma reparação em razão de um crime em que ela sequer teve a oportunidade de chegar à solução final. Mas, em nosso sistema processual penal, a resposta que a vítima recebe é um sonoro e penoso silêncio.

É extremamente necessário que a persecução penal avalie com sensibilidade o crime, o autor e a sua vítima, de forma a apresentar respostas rápidas e efetivas. Em razão disso, é imperioso zelar por uma regular condução da persecução penal, com o intuito de evitar a configuração das famigeradas nulidades processuais, uma das principais causas atualmente de ausência de resposta judiciária aos réus no processo penal. O olhar não pode se voltar unicamente para o acusado, sob pena de invisibilizar outro importante protagonista do crime: a vítima penal.

Sobre a necessidade da observância da forma processual como instrumento de garantia, ensina Sergio Rebouças:

O devido processo legal, nesse contexto, constitui o princípio mais amplo de respeito às formas legais preestabelecidas, como condição necessária ao resguardo das diversas garantias individuais próprias do processo, como a do contraditório e da ampla defesa.

Por outro lado, as formas legais vinculam-se, de maneira geral, a **objetivos de garantia de uma prestação jurisdicional adequada e justa, fundada na verdade alcançável e justificável, de modo que a pretensão do órgão acusador e a reação defensiva do acusado possam ser examinadas em um ambiente de igualdade e regularidade.**

Todos esses fatores deixam claro que **o formalismo do processo penal garantista não significa o respeito estrito a formalidades vazias, desvinculadas de qualquer finalidade.** O *princípio da instrumentalidade das formas* supõe que as formalidades legais hajam sido instituídas para assegurar objetivos processuais relevantes.³⁴⁶

Com fulcro nas lições supramencionadas, assegurar os direitos das vítimas deve ser um dos objetivos de um processo que se afirme orientado pelo valor da dignidade da pessoa humana, sem prejuízo de tutelar também os direitos dos acusados no processo penal.

Não é permitido ao Estado responsabilizar acusados em uma persecução penal cujos parâmetros estejam contaminados por graves defeitos ou mora. Entretanto, em razão disso, também não podemos nos esquivar de reconhecer que a consequência da impunidade acaba por expor mais uma vez a vítima ao martírio, frustrando sua legítima expectativa por justiça. Logo, também deve-se ponderar que, no balanço de valores que leva ao reconhecimento dos efeitos

³⁴⁶ REBOUÇAS, op. cit., p. 501-502.

das nulidades no processo penal, a vítima também seja efetivamente enxergada na busca desse equilíbrio numa persecução penal que compreende o valor imanente de sua dignidade.

Ainda nesses casos, objetivamente, não existe antítese entre direito de vítimas e acusados. Não se pode esperar de qualquer sistema processual penal que se legitime como justo, constitucional e convencional que seja direito da vítima ver acusados responsabilizados em razão de processos prescritos ou invalidados. Da mesma forma, naturalmente, o acusado não pode suportar o ônus pela falta de eficiência e efetividade estatal. Claramente, nessas hipóteses, não podemos afirmar que o desfecho atendeu aos interesses da vítima criminal, sob pena de rasgarmos todas as lições mais basilares de direito vitimário. Porém, processualmente, e sob o parâmetro eminentemente objetivo, inexistente contraste entre os direitos, muito embora no caso concreto certamente nos deparemos com mais uma vítima sacrificada pelo próprio Estado que a deveria tutelar.

Assim, no aspecto da responsabilização, temos a hipótese de a persecução haver respeitado o devido processo legal, tendo seu curso de forma hígida e regular, gerando pelo natural desfecho uma sentença penal condenatória ou absolutória. Aqui certamente inexistente, em análise objetiva, qualquer antítese entre direitos de vítimas ou acusados, muito embora subjetivamente possa existir colisão. Mas lembremos: a persecução penal não é mecanismo de busca por satisfações pessoais, mas instrumento de materialização da justiça.

Na segunda hipótese, temos uma persecução penal que, de tão imperfeita, é incapaz de sustentar uma sentença penal condenatória. Aqui, o que a perspectiva objetiva e subjetiva têm em comum é um sentimento de frustração, onde o principal responsável é o Estado. Assim, a antítese não é vítima *versus* acusado, mas vítima *versus* Estado, que deve arcar perante aquela com os custos da sua ineficiência com a finalidade de diminuir um pouco o desequilíbrio da balança entre a vítima sacrificada e o réu premiado pela ineficiência Estatal.

Ultrapassando a barreira da responsabilização, que certamente compreende o parâmetro mais complexo e apto a ocasionar calorosas discussões entre o antagonismo dos direitos dos acusados e das vítimas criminais, chegamos em outras questões processuais que, de forma mais tranquila, também não são capazes de gerar maiores polêmicas.

Sem pretensão de esgotar todo o rol de direitos das vítimas durante a persecução penal, nem de explorar minuciosamente o seu conteúdo sob pena de elastecer indevidamente o foco deste trabalho científico, voltaremos a nos utilizar daqueles que foram expressamente

reconhecidos Resolução nº 40/34 da ONU³⁴⁷, e que possuem um caráter que se almeja universal: acesso à justiça e tratamento justo; Reparação; Indenização; Assistência.

Sobre o acesso à justiça e tratamento justo, a normativa internacional informa sobre a necessidade de as vítimas serem tratadas com respeito e compaixão em razão de sua dignidade, bem como da possibilidade de acesso aos mecanismos da justiça e a uma pronta reparação do dano que tenham sofrido, nos termos previstos pela legislação nacional. São direitos que devem ser respeitados e que não causam nenhum prejuízo aos direitos dos acusados durante a persecução penal.

Quanto à reparação e indenização, são interesses patrimoniais da vítima e que devem ser arcados, primeiramente, pelo acusado e, quando não for possível obter dele, ser assegurada pelo Estado. Ainda que, no caso concreto, o acusado condenado não se sinta eventualmente solícito a reparar o dano que causou, também não se pode afirmar que, objetivamente, e sob o prisma processual, a reparação do dano ocasione violação ao um direito processual próprio. Absolutamente, a reparação está no curso natural de um processo penal que reconheceu a sua responsabilidade pela prática de um determinado delito, de sorte que está em conformidade do que se espera de uma ordem jurídica, inexistindo direitos contrapostos.

Em palavras mais claras, o direito à reparação ao dano reconhecido à vítima não viola, em tese, nenhum dos direitos amplamente reconhecidos ao réu durante a persecução penal. É possível que o réu conteste a sentença penal condenatória e seus fundamentos, o que faz parte do processo orientado pela dialeticidade, ampla defesa, contraditório e devido processo legal. Porém, o reconhecimento de responsabilidade gera o dever de reparação, e este direito, considerado em si mesmo, não viola nenhum dos direitos e garantias do acusado.

No que se refere à assistência, a resolução prevê que as vítimas devem receber a assistência material, médica, psicológica e social de que necessitem através de meios governamentais, voluntários, comunitários e autóctones, devendo 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. Além disso, afirma que o pessoal dos serviços policiais, judiciais, médicos e sociais, e outro pessoal competente, deve receber uma formação que o sensibilize para as necessidades das vítimas, bem como instruções que garantam um auxílio rápido e adequado às vítimas.

Neste ponto podemos até poupar o leitor de pontuações mais extensas, posto que a própria natureza do direito reconhecido à vítima claramente remete à dignidade de sua pessoa

³⁴⁷ Resolução nº 40/34 da ONU. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/ajus/prev29.htm>. Acesso em: 2 de jul. 2023.

humana enquanto valor intrínseco, razão pela qual não poderia se opor qualquer outro direito ou interesse processual do acusado.

Em arremate, é possível concluir, a partir das premissas teóricas versadas neste capítulo, que não prospera o aclamado antagonismo entre os direitos das vítimas e os direitos dos acusados durante a persecução penal, inobstante as pretensões em concreto poderem ser díspares, hipóteses que estão relacionadas às satisfações pessoais e não direitos de cunho essencialmente processuais. Essa noção é de fundamental importância para que se reconheça, nos valores imanentes de natureza processual, o equilíbrio e respeito mútuo que o sistema legal deve conferir a acusados e vítimas. Acerca do assunto, novamente fazemos referências às sábias são as lições de Ana Sofia Schimidt de Oliveira:

Diante do exposto, fica demonstrado de que forma as reivindicações de proteção das vítimas podem dar ensejo a uma orientação político-criminal inspirada no movimento da Lei e da Ordem. A observação dos resultados, porém, demonstra que o agravamento da situação do condenado e o desrespeito às garantias constitucionais do acusado são medidas que, além de não responderem à justa expectativa de proteção das vítimas, colocam em risco importantes conquistas do Estado Democrático de Direito e desviam a discussão do foco central do problema, sempre relacionado a sérias questões sociais. A utilização simbólica do direito penal pode oferecer uma efêmera sensação de segurança, logo superada pelo fato (ou noticiário) seguinte.³⁴⁸

O costumeiro olhar simplista acaba por transmitir uma falsa percepção de que basta enrijecer o tratamento conferido ao acusado para tutelar os interesses vitimário, contribuindo ainda mais para sua histórica invisibilidade na persecução penal. A falsa dicotomia ignora a complexidade e a interconexão dos interesses das vítimas e dos acusados, e a necessidade de a ordem jurídica promover um sistema legal justo e eficaz para atender ambos os anseios.

Essa dialética simplista de *direitos dos acusados vs. direitos das vítimas* no processo penal não tem razão de existir, sobretudo quando estamos tratando sobre a questão da reparação do dano. Sobre o assunto, vale registro das sensatas lições de Câmara:

Sob esse prisma, uma política criminal orientada para a vítima, com ênfase nos seus interesses reparatório, não resulta em uma *capitis deminutio* dos interesses do acusado/sentenciado, *i.e.*, tais interesses não são necessariamente colidentes, logo, não é inteiramente verdadeiro que a cada passo da política legislativa em favor da vítima se faça necessário um confronto, um recuo sobre a estrada de atuação dos princípios de uma política criminal destinada a favorecer a reinserção social do condenado. Deve procurar-se dissipar o equívoco de que uma perspectivação vitimológica do problema criminal tenha por finalidade agravar a situação do incriminado, dado que na realidade, tem como um de seus principais objetivos, contribuir não só para uma melhor tutela da vítima, mas, também, para uma maior segurança do cidadão (incluindo o próprio imputado).³⁴⁹

³⁴⁸ OLIVEIRA, op. cit., p. 127.

³⁴⁹ CÂMARA, op. cit., p. 199.

A vítima, enquanto sujeito de direitos e detentora do inegável valor constitucional e humano de dignidade, sob a perspectiva kantiana, possui valor intrínseco e deve ter seus interesses tutelados sob olhar próprio à sua posição de fragilidade no processo.

Ao se buscar tutelar os direitos das vítimas, não se pretende prejudicar nenhum dos direitos já amplamente reconhecidos ao réu durante a persecução penal. Embora no caso concreto possa eventualmente haver colisão de direitos ou interesses, em uma ordem jurídica constitucional e convencional deve-se alcançar uma harmonia, não sendo necessário, para o reconhecimento dos direitos das vítimas, sacrificar qualquer direito ou garantia fundamental conquistada pelos acusados.

4.5 O espaço controverso da vítima na teoria da pena

A vítima criminal foi não lembrada nas teorias clássicas que abordam as funções da pena no Direito Penal. Com efeito, a doutrina nacional costuma trabalhar os objetivos da pena apenas sob os aspectos retributivos e preventivos, relacionados unicamente ao criminoso e à sociedade. A vítima concreta usualmente não é aclimatada nessas lições.

Com efeito, pela teoria absoluta (ou retributiva), a pena tem a missão de castigar aquele que cometeu o crime, cumprindo com a função de exercer o monopólio da punição. É uma ferramenta que, além de impedir a vingança privada (aspecto negativo ou individual), apresenta uma resposta à coletividade e alimentando o inconsciente coletivo de que a justiça foi realizada (aspecto positivo ou geral).³⁵⁰

Noutro giro, de acordo com a teoria relativa (ou preventiva), a pena tem as seguintes metas: a) promover a ressocialização do criminoso (prevenção especial positiva); b) impedir que o criminoso volte a colocar em risco a sociedade (prevenção especial negativa); c) afirmar a validade da lei penal perante uma conduta não tolerada pelo ordenamento (prevenção geral positiva); e d) intimidar quem pensa em delinquir (prevenção geral negativa).³⁵¹

³⁵⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual do processo penal e execução penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 465.

³⁵¹ NUCCI, op. cit., p. 465.

Esses aspectos encontram guarida no art. 59 do Código Penal³⁵², bem como no item 13³⁵³ da Exposição de Motivos da Lei de Execução penal e em diversos outros dispositivos da referida norma de execução.

Essas lições doutrinárias costumam ser repetidas à exaustão em manuais de Direito Penal e Execução Penal, sem levar em consideração qualquer abordagem inclusiva da satisfação dos direitos da vítima criminal. É que, apesar de nas últimas décadas a política-criminal ter desenvolvido outros mecanismos de resposta estatal à criminalidade, a resposta clássica que a execução penal oferece é a aplicação de penas privativas de liberdade.

Como já se abordou no segundo capítulo, toda essa ideia ganhou corpo através da construção da teoria do bem jurídico, onde se sustentou que a missão do Direito Penal é tutelar bens jurídicos (vida, patrimônio, liberdade etc.), de forma que as ofensas se relacionam a bens comuns, distanciando-se da tutela de direitos subjetivos das vítimas concretamente afetadas com o crime³⁵⁴. A pena, dessa forma, teria por finalidade proteger esses bens jurídicos que foram ofendidos, distanciando-se da figura da vítima.

Entretanto, não podem ser ignoradas as lições de expressiva doutrina que se contrapõe às clássicas balizas da teoria da pena, considerando-as insuficiente para justificar a culpabilidade de um agente criminoso.

Roig entende que a repressão retributiva é de fato a expressão de um Direito Penal desigual, responsável por promover uma seletiva criminalização dos marginalizados sociais do mercado de trabalho, reforçando os instrumentos formais e ideológicos de controle social. Segundo o autor, “a imposição de um mal como mero instrumento de retribuição contraria o objetivo fundamental de promover o bem de todos, alicerce de nossa República”.³⁵⁵

A prevenção especial positiva não pode ser considerada uma resposta constitucionalmente aceitável, uma vez que as concepções de tratamento e ressocialização pressupõem uma dinâmica na qual o preso desempenha um papel passivo, enquanto as instituições representam um papel ativo. Essas ideias são resquícios anacrônicos da antiga criminologia positivista, que classificava o condenado como alguém anormal e inferior, a ser readaptado à sociedade, assumindo acriticamente que a sociedade era "boa" e o condenado era

³⁵² Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para **reprovação** e **prevenção** do crime (...) (**grifo nosso**)

³⁵³ 13. Contém o artigo 1º duas ordens de finalidades: a correta efetivação dos mandamentos existentes nas sentenças ou outras decisões, destinados a **reprimir** e a **prevenir** os delitos, e a oferta de meios pelos quais os apenados e os submetidos às medidas de segurança venham a ter participação construtiva na comunhão social. (**grifo nosso**)

³⁵⁴ BECHARA, op. cit..

³⁵⁵ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução penal: teoria crítica**. 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016, p. 17.

"mau". Em última análise, a sanção penal e sua execução não devem incluir a finalidade de impor uma regulação moral sobre os indivíduos, pois isso violaria o princípio da secularização. Além disso, a prevenção especial positiva enfrenta sérios desafios de aplicação na realidade do sistema carcerário, especialmente em nosso país.³⁵⁶

Cumpre também destacar as teorias expressivas da pena, que incluem a vítima na função da pena criminal e tem por função a comunicação do Estado com a vítima, agressor e sociedade. Sobre o tema, ensina Ramos:

Conquanto a discussão sobre o expressivismo seja relativamente recente no debate teórico penal, a ideia de que o ato punitivo tem uma dimensão expressiva não é inédita e pode ser encontrada em diversos autores, como o inglês James Fitzjames Stephen, o francês Émile Durkheim e na teoria da pena proposta pelo inglês Alfred Cyril Ewing. A pena seria imposta para prevenir crimes e expressar os sentimentos provocados por delitos, de modo que o ódio aos infratores, como um sentimento natural da sociedade, é canalizado para o direito penal promovendo uma satisfação legítima à paixão vingativa. Esse sentimento de raiva ao infrator, que indica que a sociedade não é indiferente e se importa com a vítima, é transformado pelo direito penal na pena, que expressa o sentimento de reprovação social ao crime de maneira saudável. A pena preservaria a coerência da sociedade ao sustentar a consciência coletiva e compensaria o mal que o crime fez recair sobre o grupo ao indicar que os sentimentos da coletividade ainda estão intactos e que a comunhão de mentes compartilhando valores iguais permanece absoluta.³⁵⁷

A concepção expressiva parte do pressuposto que a pena tem dois elementos principais: representa a *infilção de um mal físico* (ex: privação da liberdade) e incorpora um juízo de desvalor, expressando uma *censura*. A censura encarnada no ato sancionatório é fator de legitimação da pena, pois estabelece uma comunicação moral com: a) o autor, pois transmite a mensagem de que ele agiu de forma antijurídica e está sendo responsabilizado por um mal que causou; b) à vítima, pois lhe comunica que ela não foi simplesmente prejudicada, como uma catástrofe natural, mas sim que um injusto culpável, atribuível a um terceiro (e não a ela própria) e reprovado pela ordem jurídica ocorreu; c) à sociedade, para quem é transmitida uma mensagem normativa de que aquele comportamento ameaçado sob pena é intensamente reprovado pela ordem jurídica e do qual deve se abster.³⁵⁸

Apesar de ser influenciado pelo componente moral da punição, o indivíduo que sofreu o dano seria geralmente obrigado a assumir uma posição passiva durante a avaliação do impacto tangível que será imposto àquele que o prejudicou, salvo em casos excepcionais, como na ação privada. O fato de que o conteúdo moral inerente à punição se relacionar ao indivíduo

³⁵⁶ Ibid., p. 17-18.

³⁵⁷ RAMOS, op. cit., p. 89.

³⁵⁸ TEIXEIRA, Adriano. **Teoria da aplicação da pena: fundamentos de uma determinação da pena proporcional ao fato**. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 65-66.

afetado permite concluir que levar em consideração seus interesses durante a determinação da pena estaria de acordo com os princípios do individualismo normativo. Afinal, a primeira etapa na escala de consideração envolve reconhecer o consentimento real, desejos e objetivos atuais das pessoas afetadas pela pena.³⁵⁹

Considerando que a dimensão factual molda o aspecto moral refletido pela pena, pode-se inferir que uma abordagem apropriada para o indivíduo afetado seria formulada como um direito à participação ativa no processo penal, permitindo à vítima influenciar diretamente a determinação da punição a ser imposta ao agressor. Essa premissa estabeleceria as bases para uma posterior definição do conceito de "satisfação da vítima".³⁶⁰

A proposta de redirecionar o sistema penal de forma a incorporar as necessidades específicas da vítima, que é reconhecida como um sujeito de direitos, requer que a vítima seja levada em consideração tanto no momento da compreensão do delito quanto na determinação da pena criminal.³⁶¹

Com fundamento na teoria expressiva, Guimarães Neto, em densa pesquisa que resultou em sua dissertação de mestrado, estudou as teorias da pena com o objetivo de situar a vítima em uma teorização que levasse em consideração as necessidades da vítima concreta. O autor articula suas compreensões em três pontos:

Primeiramente, a vítima poderia condicionar sua satisfação à imposição de uma pena que afete bens jurídicos indisponíveis atribuídos ao infrator, como a vida, integridade física ou a proibição do tratamento degradante. Por exemplo, alguém que sofreu sequelas permanentes devido a um crime violento pode desejar que o agressor sofra punições extremas, incluindo a pena de morte ou sofrimentos semelhantes. Da mesma forma, alguém que perdeu um ente querido de forma horrenda pode almejar que o criminoso seja punido com a morte ou outra forma de punição igualmente severa. No entanto, tais exigências não podem ser atendidas, uma vez que resultariam em uma violação direta dos direitos fundamentais do infrator.³⁶²

Em segundo lugar, a vítima poderia condicionar sua satisfação à imposição de uma pena claramente desproporcional ao crime cometido pelo autor. Por exemplo, alguém cujo bem de pequeno valor tenha sido furtado pode insistir na imposição de uma pena de vários anos de encarceramento para o autor desse delito. Embora seja compreensível que a pessoa queira ver

³⁵⁹ GUIMARÃES NETO, Silvio Leite. **Uma teoria da pena baseada na vítima: a busca pela satisfação do indivíduo vitimado como finalidade da pena**. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2018, p. 142.

³⁶⁰ Ibid., p. 142.

³⁶¹ RAMOS, op. cit., p. 98.

³⁶² GUIMARÃES NETO, op. cit., p. 142.

o criminoso punido, essa exigência parece desproporcional quando se trata de um furto de pequeno valor. Em vez disso, medidas como a restituição do objeto, o pagamento de indenização, medidas restritivas ou até mesmo uma pena de prisão curta podem ser mais apropriadas.³⁶³

Em terceiro lugar, a vítima poderia condicionar sua satisfação ao completo perdão do agressor, vendo-o como alguém que não merece punição. Por exemplo, uma vítima que siga uma religião ou uma linha de pensamento que promova o perdão pode desejar que o criminoso seja perdoado e ressocializado, em vez de punido. Essa abordagem pode parecer razoável quando aplicada a infratores que cometeram delitos menos graves, como crimes patrimoniais. No entanto, parece difícil aceitar essa abordagem quando se trata de crimes mais graves, como estupro, tortura ou homicídio.³⁶⁴

Alcançada a compreensão de reservar um lugar para a vítima nos estudos relacionados à teoria da pena, surge a questão de utilizar a reparação do dano, objeto da nossa pesquisa científica, como uma das ferramentas, ao lado das já existentes, como apta para oferecer uma resposta penal e como fator de reconhecimento de direito das vítimas criminais.

Essa questão perpassa por reconhecer a importância da vítima concreta de uma violação de direitos de caráter interpessoal como o principal sujeito que foi ofendido a partir da afronta do autor do fato à norma penal incriminadora, sem desprezar a existência secundária do Estado enquanto sujeito passivo permanente.

Obviamente, a solução da reparação do dano material e moral como pena autônoma somente encontra viabilidade de ser adotada em uma restrita categoria de delitos, em que a ofensa penal se revele de inferior gravidade e que tenham feições interpessoais, com vítima individualizável. Sobre o tema, aduz Câmara:

Hodiernamente, o ressurgimento do interesse na reparação da vítima de crime encontra-se relacionado à crise de legitimação da política criminal tradicional – crise no modelo penal fundado em sanções de caráter repressivo, mormente na pena privativa de liberdade – bem como, com uma crise do modelo de ressocialização. De modo que a sociedade é “induzida a procurar novos modelos de instrumentos sancionatórios. Donde, indubitavelmente, diversos fatores concorrem, no nosso tempo histórico, para impulsionar uma política criminal de índole reparatória.”³⁶⁵

A reparação do dano deve abranger os danos materiais e morais sofridos pelo indivíduo como forma a recompor a sua dignidade que foi vitimada a partir da prática do crime. É uma típica hipótese que convalida as conclusões do capítulo 4.4 deste trabalho científico, ou

³⁶³ Ibid., p. 142.

³⁶⁴ Ibid., p. 142.

³⁶⁵ CÂMARA, op. cit., p. 198.

seja, existem possibilidades de soluções processuais penais que não necessariamente representam uma antítese entre direitos dos acusados e de vítimas criminais. E, para além dessa afirmação, que deve ser tomada em tese, a solução reparatória no caso concreto pode alinhar não só *direitos*, como também *interesses* de autor e ofendido, gerando categoricamente uma pacificação social.

Axiomático que, para crimes graves, um modelo compensatório para funcionar como consequência jurídica autônoma precisar ser graduado, pois a reparação, a par de reafirmar o valor da norma violada, poderia até estimular condutas intensamente desvaliosas, mercê do cálculo prévio de custo-benefício, vindo a frustrar a função estabilizadora desempenhada pela pena. Porém, ainda nesses casos, a reparação do dano continua sendo elemento de fundamental importância na implementação da pena, não de forma a evitá-la, mas como instrumento de atenuação ou diminuição da reprimenda.³⁶⁶

Assim, a reparação do dano não pode ser pensada como simples compensação do dano patrimonial e moral causado pelo crime, mas como uma oportunidade em direção à solução do conflito penal.

Em modelo idealizado por Claus Roxin, denominado de *terceira via*, foi definida no projeto alternativo alemão de reparação do dano, e tem por fundamento as pretensões da vítima criminal, que, costumeiramente, se satisfaz mais com a reparação que com a pena de prisão ou a multa. Aduz o autor:

As investigações empíricas também demonstraram que tanto o lesado como a comunidade não dão nenhum ou pouco valor a uma punição adicional do autor em comparação com a reparação do dano na forma de uma composição autor-vítima, em casos de crimes pequenos ou médios. Assim, nos casos que atualmente são puníveis com pequena pena de multa, a pena poderá ser dispensada quando for produzida a reparação integral do dano; e nos crimes mais graves, a reparação do dano poderá ainda ensejar a diminuição ou mitigação da pena. O Projeto Alternativo de reparação de danos (1992) apresenta uma proposta de lei bastante elaborada, por meio da qual a reparação dos danos pode ser integrada ao sistema jurídico penal de sanções.³⁶⁷ (tradução nossa)

Assim, segundo Câmara, a reparação do dano deve ter uma natureza penal como prestação autônoma, paralela à pena de prisão e à medida de segurança, vindo a desempenhar

³⁶⁶ Ibid., p. 200.

³⁶⁷ Texto original: “Investigaciones empíricas también han demostrado que tanto el lesionado como la comunidade otorgan nulo o escaso valor a un castigo adicional del autor ante la reparación del daño en la forma de una composición autor-vítima, en casos de pequeña o mediana criminalidad. De ahí que, en casos que actualmente se castigan con una pequeña pena de multa, se podría prescindir de la pena cuando se produce una reparación total del daño; y en delitos más graves la reparación del daño podría originar de todos modos una remisión condicional de la pena o una atenuación obligatoria de la pena. El Proyecto Alternativo de reparación del daño (1992) presenta una propuesta de ley muy elaborada, mediante la cual puede integrarse la reparación del daño en el sistema jurídico penal de sanciones”. ROXIN, 1999, p. 109, apud BARROS, op. cit., p. 125.

um papel mais proeminente e capaz, em determinadas situações, de representar uma resposta suficiente ao delito, não sendo propriamente uma *alternativa* ao Direito Penal, mas *integrando-se* a ele, não havendo razão para se manter uma rígida clivagem entre as esferas penal e civil.

Rejeita-se, entretanto, a qualificação da reparação do dano como espécie de pena (aspecto negativo), pois neutralizar-se-ia, *ipso facto*, o seu aspecto positivo, uma vez que a pena tem uma finalidade preventiva, e não reparatória, de sorte que a inclusão da reparação como fim da pena resultaria não apenas em uma anulação do seu efeito preventivo, como poderia até mesmo estimular a prática de crimes. O ideal, então, seria considerá-la como incluída no catálogo das consequências jurídico-penais decorrentes do crime, como um instrumento possível para o direito, desde o ponto de vista preventivo, como forma de sanção independente.³⁶⁸

Citando Quintero Olivares, os autores Antonio García-Pablos de Molina e Luiz Flavio Gomes expressam interessante posição sobre a reparação dos danos enquanto alternativa penal à pena de prisão:

Como bem pondera Quintero Olivares,¹ a reparação dos danos não pode ter eficácia de evitar a pena de prisão em "todos" os casos, mas tampouco pode a sanção penal ser utilizada "somente" para atender a pretensão punitiva estatal (até porque, como sabemos, no instante em que alguém viola a norma penal está afetando interesse do Estado - manutenção da ordem jurídica - e, muitas vezes, interesse também de uma vítima concreta). Em conclusão, a reparação dos danos deve ter eficácia penal despenalizadora, se se quer fazer valer o princípio de intervenção mínima ou de *ultima ratio* do Direito Penal. Teoricamente pode-se pensar na viabilização dessa atual tendência político-criminal por várias vias: a) exclusivamente civil, descriminalizando-se ou despenalizando-se totalmente o fato (é o que vem ocorrendo com o furto em grandes supermercados no continente europeu); b) pela via do Direito Penal (e processual), quando os interesses envolvidos não autorizam a descriminalização, mas coligam-se tanto com a pretensão punitiva estatal como com a pretensão de indenização da vítima (de tal maneira que resultem conciliados o castigo e a reparação); c) ou ainda pela via de uma ajuda humanitária, social e comunitária, de responsabilidade do poder público. A adoção do segundo caminho pode sugerir a seguinte objeção: na medida em que se concebe qualquer renúncia de pena frente à reparação dos danos, o Direito Penal não perderia sua razão de ser, sua coerência e sua eficácia?³⁶⁹

Embora a reparação dos danos causados em razão da infração penal cometida ser um vetor importantíssimo de representação da ressocialização, bem como corresponda a uma resposta da persecução penal à vítima em uma teoria da pena que prestigie a dignidade de sua pessoa humana, a responsabilização civil foi elemento utilizado com escassez no desenho normativo dos inúmeros institutos previstos na Lei 7.210/84 (Lei de Execução Penal).

³⁶⁸ CÂMARA, op. cit., p. 205-206.

³⁶⁹ GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**: introdução a seus fundamentos teóricos. Tradução e notas da primeira parte: Luiz Flávio Gomes. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p.463.

Com efeito, somente em dois institutos a reparação do dano foi lembrado. Primeiramente, a reparação foi elencada como condição para a obtenção de livramento condicional, nos termos do art. 83, IV, do Código Penal³⁷⁰, com a ressalva de que, caso o autor do fato não possa fazê-lo, desfaz-se a exigência.

Além disso, a reparação do dano também foi memorada quando a Lei de Execução Penal tratou sobre o trabalho do preso. O labor prisional é um dos pilares da reinserção social dos condenados, pois contribui para sua ocupação, produtividade e desenvolvimento de habilidades. Destarte, o art. 29, §1º, a, dispõe que “o produto da remuneração pelo trabalho deverá atender à indenização dos danos causados pelo crime, desde que determinados judicialmente e não reparados por outros meios”.

A reparação do dano também é condição necessária para a reabilitação criminal, de acordo com o art. 94, III do CP³⁷¹.

Porém, no caso do principal instituto da execução penal - progressão de regime -, a necessidade de reparação do dano à vítima restou esvaziada. A progressão de regime possibilita que o preso que apresente mérito carcerário e cumpra determinadas frações de sua pena, usufrua paulatinamente de regimes menos rigorosos de cumprimento, privilegiando-se seu senso de disciplina, compromisso com o processo de execução e a ressocialização. Neste caso, com muito pesar, somente o Estado enquanto sujeito passivos dos delitos contra a administração pública foi lembrado do art. 33, §4º do Código Penal³⁷², que condiciona a progressão de regime do condenado à reparação do dano que causou, ou à devolução do produto do ilícito praticado, com os acréscimos legais.

É desolador que o nosso processo de execução penal, norteadado pelo vetor ressocializador, não tenha lançada a devida preocupação em condicionar a obtenção de benefícios executivos, como a progressão de regime, a saída temporária, a permissão de saída, dentre outros, à reparação do dano.

³⁷⁰ CP - Art. 83 - O juiz poderá conceder livramento condicional ao condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a 2 (dois) anos, desde que: (...) IV - tenha reparado, salvo efetiva impossibilidade de fazê-lo, o dano causado pela infração;

³⁷¹ CP - Art. 94 - A reabilitação poderá ser requerida, decorridos 2 (dois) anos do dia em que for extinta, de qualquer modo, a pena ou terminar sua execução, computando-se o período de prova da suspensão e o do livramento condicional, se não sobrevier revogação, desde que o condenado: I - tenha tido domicílio no País no prazo acima referido; II - tenha dado, durante esse tempo, demonstração efetiva e constante de bom comportamento público e privado; III - tenha ressarcido o dano causado pelo crime ou demonstre a absoluta impossibilidade de o fazer, até o dia do pedido, ou exiba documento que comprove a renúncia da vítima ou novação da dívida.

³⁷² CP - Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado. (...) § 4º O condenado por crime contra a administração pública terá a progressão de regime do cumprimento da pena condicionada à reparação do dano que causou, ou à devolução do produto do ilícito praticado, com os acréscimos legais.

5 A REPARAÇÃO DO DANO NA RECONSTRUÇÃO DA DIGNIDADE DA VÍTIMA CRIMINAL

A ausência de mecanismos eficazes para promoção da reparação do dano à vítima criminal aflige a sua dignidade enquanto pessoa humana titular de direitos fundamentais e coloca em xeque a importância que o nosso ordenamento jurídico denota à sua influência no processo penal. Afinal, reparar o dano significa uma tentativa de devolver à vítima o que dela foi tomado, ainda que mediante alternativa pecuniária.

Nesse contexto, tem-se que a reparação do dano é a resposta mais elementar que o Estado pode oferecer para alguém que ele não logrou êxito em evitar que fosse vitimado, através de um defeito na prestação do serviço de segurança pública.

A partir das premissas teóricas já versadas nos capítulos anteriores, é necessário situar a reparação dos danos à vítima enquanto vetor de um movimento para a sua valorização político-criminal a partir de uma persecução penal atenta para a satisfação de seus genuínos interesses.

5.1 A reparação do dano à vítima sob o enfoque da justiça restaurativa

O estudo sobre a justiça restaurativa é fundamental na abordagem de ferramentas de solução de conflitos incluam os interesses da vítima criminal em uma compreensão humanizada. Seus preceitos privilegiam a ideia não só de responsabilizar o autor do crime, mas, principalmente, restaurar o dano provocado à vítima e à comunidade.

Muito embora não seja o objetivo deste trabalho aprofundar em demasia esse tema, dotado de múltiplas nuances e de extrema complexidade, cumpre-nos realizar uma perspectiva, ainda que breve, sobre a contribuição da justiça restaurativa aos direitos das vítimas, em especial sob o aspecto da reparação do dano.

Os modelos de justiça restaurativa têm raízes nas práticas típicas de sociedades comunais, em que os interesses coletivos se sobrepõem aos individuais, e se fortaleceram a partir do movimento vitimológico.³⁷³ A premissa teórica que fundamenta esses modelos é que o conflito ocorre originalmente entre autor e vítima, e não entre o autor e o Estado, devendo ser resolvida pelos seus protagonistas, ou seja, entre as partes que nele estão imediatamente envolvidos, o que representa uma devolução do conflito a quem lhe pertence de direito.³⁷⁴

³⁷³ RODRIGUES, op. cit., p. 251-252.

³⁷⁴ PRUDENTE, op. cit., p. 196.

Sabemos que a imposição de uma pena de prisão não representa uma solução do problema em muitos casos, pois o paradigma retributivo esquece de amparar quem mais sofreu com a prática do crime: a vítima penal. E, além disso, notoriamente a pena também não costuma cumprir com seu papel ressocializador. Precisamos, então, analisar com atenção as alternativas que se apresentam de solução de conflitos penais que nos tragam novas perspectivas.

A não intervenção judicial proporciona uma nova ordem de compreensão e, além disso, ajuda na melhor construção de sentimentos de perdão na vítima e na comunidade global. A orquestra dos processos restaurativos é modelada para atingir o envolvimento, de forma particular e intensa, tanto da vítima como do autor do crime, através da compensação econômica e moral. Também é provável que a mediação possa constituir um marco para a reflexão do criminoso, uma espécie de mola ideológica para a almejada pacificação social, condição essencial para que a justiça prevaleça. Através da mediação é muito mais provável que o agressor encontre elementos para a chamada ressocialização social e mais possibilidades do que aquele que sai da prisão.³⁷⁵

A reparação do dano é elemento fundamental nos processos restaurativos. Por um lado, é a manifestação expressa da aceitação da responsabilidade por parte do autor do crime, tentando restituir o prejuízo que foi causado por suas ações criminosas. De outro, para a vítima, é o reconhecimento de que esta sofreu danos e que foram reconhecidos pelo seu infrator. A reparação aqui tem a maior amplitude possível, podendo ser simbólica ou material, e pode ser feita pelo infrator, comunidade ou pelo Estado.³⁷⁶

A reparação material geralmente consiste em compensação econômica ou algum trabalho acordado, ao passo que a reparação simbólica é o resultado da comunicação direta e envolve rituais sociais de respeito, empatia, cortesia, remorso, arrependimento, desculpas e perdão. Tarefas de cunho eminentemente educativo ou terapêutico também podem fazer parte do acordo. Portanto, qualquer resultado pode ser efetivamente restaurativo, desde que assim tenha sido acordado e considerado apropriado pelas partes principais.³⁷⁷

A Declaração dos Princípios Básicos de Justiça para as Vítimas de Delitos e de Abuso de Poder (Resolução nº 40/34 de 29 de novembro de 1985 da ONU) estimula que os Estados adotem mecanismos informais e consensuais de solução dos conflitos, a partir do que se observa no item 7 da referida normativa: “Devem ser utilizados, sempre que adequado,

³⁷⁵ NEUMAN, Elias. **Mediación y conciliación penal**. In: KOSOVSKI, Ester; PIEDADE JUNIOR, Heitor (org.). *Novos estudos de vitimologia*. Rio de Janeiro: Letra Capital, 2011, p. 136.

³⁷⁶ PRUDENTE, op. cit., p. 219.

³⁷⁷ Ibid., p. 219.

mecanismos informais de resolução de litígios, incluindo a mediação, a arbitragem e as práticas de justiça costumeira ou indígena, a fim de facilitar a conciliação e a reparação das vítimas”.

Não existe um conceito cerrado do que seja justiça restaurativa, sendo um mecanismo, diferentemente dos processos e procedimentos convencionais, de conteúdo fluído e aberto, o que permite a utilização de uma variedade de perspectivas, métodos e instrumentos. Porém, o que parece ser um denominador comum em qualquer método que se proponha restaurativo é a busca por diálogo entre os atores do litígio, com ênfase na inserção de todos em um círculo aberto de comunicação, para que se alcance a compreensão do que ocorreu e se busque uma solução humanizada do conflito.

Nos termos da Resolução 2002/12 da ONU, que trata dos Princípios Básicos Para Utilização De Programas De Justiça Restaurativa Em Matéria Criminal, explica as principais terminologias envolvendo a justiça restaurativa:

I – Terminologia

1. Programa de Justiça Restaurativa significa qualquer programa que use processos restaurativos e objetive atingir resultados restaurativos
2. Processo restaurativo significa qualquer processo no qual a vítima e o ofensor, e, quando apropriado, quaisquer outros indivíduos ou membros da comunidade afetados por um crime, participam ativamente na resolução das questões oriundas do crime, geralmente com a ajuda de um facilitador. Os processos restaurativos podem incluir a mediação, a conciliação, a reunião familiar ou comunitária (conferencing) e círculos decisórios (sentencing circles).
3. Resultado restaurativo significa um acordo construído no processo restaurativo. Resultados restaurativos incluem respostas e programas tais como reparação, restituição e serviço comunitário, objetivando atender as necessidades individuais e coletivas e responsabilidades das partes, bem assim promover a reintegração da vítima e do ofensor.
4. Partes significa a vítima, o ofensor e quaisquer outros indivíduos ou membros da comunidade afetados por um crime que podem estar envolvidos em um processo restaurativo.
5. Facilitador significa uma pessoa cujo papel é facilitar, de maneira justa e imparcial, a participação das pessoas afetadas e envolvidas num processo restaurativo.

Os programas de justiça restaurativa podem ser usados em qualquer estágio do sistema de justiça criminal, mas somente quando houver prova suficiente de autoria para denunciar o ofensor e com o consentimento livre e voluntário da vítima e do ofensor.³⁷⁸ Percebe-se assim que a justiça restaurativa não exclui o sistema de justiça criminal, sendo possível conviver em com ele quando for necessário.

Para que se proceda à restauração, a vítima e o ofensor devem normalmente concordar sobre os fatos essenciais do caso sendo isso um dos fundamentos do processo restaurativo, mas a participação do ofensor não deverá ser usada como prova de admissão de

³⁷⁸ Itens 6 e 7 da Resolução 2002/12 da ONU.

culpa em processo judicial ulterior.³⁷⁹ O papel do juiz togado é substituído por um mediador, profissional capacitado em habilidades específicas para promover a restauração.

Quando não for indicado ou possível o processo restaurativo, o caso deve ser encaminhado imediatamente às autoridades do sistema de justiça criminal, que deverão estimular o ofensor a responsabilizar-se frente à vítima e à comunidade, bem como apoiar a reintegração deles à comunidade.³⁸⁰ Os resultados dos acordos oriundos de programas de justiça restaurativa deverão, quando apropriado, ser judicialmente supervisionados ou incorporados às decisões ou julgamentos, de modo que tenham o mesmo *status* de qualquer decisão ou julgamento judicial, precluindo ulterior ação penal em relação aos mesmos fatos.³⁸¹

O objetivo principal do modelo é atingir a pacificação, a conciliação e promover a personalização do conflito, sendo possível atingir bons resultados, inclusive sob a ótica do autor do crime e sua ressocialização. No encontro face-a-face, promovido longe dos ambientes emocionalmente carregados e engrenagem excessivamente formais de fóruns de justiça, é possível que a vítima compreenda as razões de sua vitimização, perca o medo, veja seu agressor como uma pessoa e conheça sua história. De outro lado, é possível que o autor tome consciência do seu ato e as consequências negativa que estas acarretaram à vítima. Trata-se de encontro de pessoas, e não sujeitos processuais.³⁸²

O CNJ, por meio da Resolução N° 225 de 31/05/2016, regulamentou a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário. O enfoque restaurativo, dentre outros elementos, tem abordagem voltada para a reparação dos danos sofridos pela vítima (art. 1º, III e art. 1º, §1º, V, “d”), que deverá ter plena participação no processo, ao lado da família, da comunidade e do ofensor. É orientado pelo compartilhamento de responsabilidades e obrigações entre ofensor, vítima, famílias e comunidade para superação das causas e consequências do ocorrido.

Além disso, a reparação dos danos é princípio orientador da justiça restaurativa, além da corresponsabilidade, do atendimento às necessidades de todos os envolvidos, da informalidade, da voluntariedade, da imparcialidade, da participação, do empoderamento, da consensualidade, da confidencialidade, da celeridade e da urbanidade.

É necessário esclarecer que, diferentemente da justiça penal convencional, a justiça restaurativa exige o prévio consentimento dos envolvidos, de sorte que é necessário que os

³⁷⁹ Item 8 da Resolução 2002/12 da ONU.

³⁸⁰ Item 11 da Resolução 2002/12 da ONU.

³⁸¹ Item 15 da Resolução 2002/12 da ONU.

³⁸² OLIVEIRA, op. cit., p. 150-151.

participantes aceitem a inclusão no processo. Nenhuma decisão é imposta, devendo ser resultado de acordo formado pela livre expressão de vontade dos participantes.³⁸³ Além disso, o tratamento humano e digno aos envolvidos não é só um dever, mas um pressuposto que faz parte da essência do processo restaurativo.³⁸⁴

Howard Zehr afirma que o processo de recuperação da vítima passa pela busca de várias respostas, entre elas: a) O que aconteceu comigo?; b) Por que aconteceu comigo?; c) Por que agi da forma como agi na ocasião?; d) Por que desde aquela ocasião estou agindo desta forma?; e) E se acontecer de novo?; f) O que isso significa para mim e para minhas expectativas (minha fé, minha visão de mundo, meu futuro)³⁸⁵

Além de indenização e respostas, as vítimas também precisam de um espaço para expressar e validar as suas emoções, seus sentimentos e seus sofrimentos. Suas “verdades” precisam ser ouvidas e validadas pelos outros. É necessário devolver a sensação de autonomia e controle que lhe foi roubada a partir do evento criminoso, bem como ter segurança que aquele evento possa não acontecer novamente.³⁸⁶

O sentimento de vingança que muitas vezes toma conta da vítima é também uma resposta a uma ausência de acesso a mecanismos positivos de justiça. As vítimas podem desejar indenização não só pelas perdas materiais, mas também pela dor experimentada na órbita moral. Meras afirmações de que providências estão sendo tomadas não satisfazem as vítimas, que querem ser consultadas, informadas e envolvidas no processo.³⁸⁷

Sobre a incapacidade da ótica retributiva satisfazer os interesses da vítima criminal, expõe com maestria Howard Zehr:

Diante de tudo isso, seria mais lógico que as vítimas estivessem no fulcro do processo judicial, e que suas necessidades fossem o foco central. Seria de se supor que as

³⁸³ A despeito disso, existe doutrina que entende que a pena de prisão pode ser entendida como restaurativa, bem como a justiça restaurativa pode impor a aplicação de medidas independentemente da aceitação do infrator. Entretanto, prevalece na doutrina, e esse foi o entendimento seguido pela Resolução N° 225 de 31/05/2016 do CNJ, que é da essência da justiça restaurativa a solução consensual do conflito. Sobre o assunto, vejamos o que ensina Neemias Moretti Prudente: “Alguns doutrinadores admitem que, em certos casos, a reparação pode ser imposta ao autor. Todavia, a imposição de uma pena por parte do juiz, ainda que seja uma pena de reparação ou trabalho em benefício da comunidade, não se pode denominar como uma prática restaurativa, pois ‘o diálogo pelo qual se alcança o acordo tem um valor em si mesmo que se vê anulado quando este é imposta pelo juiz.’ Não obstante, alguns doutrinadores entendem que uma condenação de prisão pode ser considerada prática restaurativa. Em nossa opinião, essa não é Justiça restaurativa, pois não entendemos como pode cumprir seus objetivos de reintegrar o infrator ou reparar a vítima. Vinculado à pena de prisão, existe a necessidade de proibir acordos degradantes. Enfim, o acordo restaurador, além de reparar a vítima, oportuniza a (reintegração do ofensor e a restauração da comunidade abalada pelo delito”. PRUDENTE, Neemias Moretti. **Introdução aos fundamentos da vitimologia**. 2. ed. Curitiba: CRV, 2020, 219-220.

³⁸⁴ Art. 2º da Resolução N° 225 de 31/05/2016 do CNJ.

³⁸⁵ ZEHR op. cit., p. 34.

³⁸⁶ Ibid., p. 35.

³⁸⁷ Ibid., p. 35-36.

vítimas tivessem alguma ingerência sobre as acusações que são feitas, e que suas necessidades seriam levadas em consideração no desenlace final do caso. Seria de se esperar que, ao menos, elas fossem informadas de que o infrator foi identificado, e sobre as demais fases do processo penal. Mas na maioria dos casos pouco ou nada disso acontece. Elas não podem influenciar em nada o modo como o caso será decidido. Com frequência as vítimas são levadas em consideração apenas quando são necessárias como testemunhas. Raras vezes são notificadas quando um infrator é preso. Somente quando a lei exige é que as varas criminais fazem um esforço sistemático para notificar as vítimas sobre o andamento do processo ou solicitar sua contribuição para o sentenciamento.³⁸⁸

Ao contrário do modelo retributivo, que se concentra no estabelecimento da culpa no passado e na imposição de punições segregadoras, o sistema de justiça restaurativa tem como foco a solução futura dos problemas, com ênfase na reparação do dano social. A justiça restaurativa é fundamentada em premissas substancialmente diferentes da justiça penal tradicional. Ela se define como uma abordagem inovadora para lidar com transgressões, oferecendo um novo paradigma para a humanização e pacificação das relações sociais.

O objetivo principal é a restauração, não a segregação, o que resulta em uma paz social que preserva a dignidade de todos os envolvidos. Isso é alcançado ao restaurar sentimentos e relacionamentos positivos, envolvendo ativamente a vítima, o infrator e a comunidade na busca por soluções que levem ao acordo, à conciliação e à segurança. Portanto, a prioridade na justiça restaurativa é a restauração, e não a simples segregação, o que contribui significativamente para a construção de uma sociedade mais justa e pacífica.³⁸⁹

Em conclusão, é preciso reconhecer que o clássico paradigma retributivo da justiça penal tem se revelado insuficiente para atender aos anseios da vítima, principalmente ao considerarmos que a reparação do dano não compreende somente o aspecto material, mas sobretudo o moral. As práticas restaurativas, sem prejuízo do concomitante processo judicial nos crimes de ação penal pública, se revelam como instrumentos genuinamente legítimos de atenção com a vítima, pois busca uma ampla reparação dos seus danos, não só mediante o acordo de valores pecuniários, mas principalmente por enxergar, escutar e envolver a vítima num processo ativo de solução do conflito.

5.2 O papel da reparação dos danos nos diversos modelos de reação ao delito

³⁸⁸ Ibid., p. 37-38.

³⁸⁹ SILVA, Maria Coeli Nobre da. **A execução penal de medidas e penas alternativas no Brasil: da segregação à restauração.** In: BRAGA, Romulo Rhemo Palilot (coord.). *Direito penal da vítima: justiça restaurativa e alternativas penais na perspectiva da vítima.* Curitiba: Juruá, 2015, p. 93.

O fenômeno criminal e a forma como o Estado costuma respondê-lo tem sido alvo de debates complexos e plurais, com uma diversidade de enfoques que envolvem a questão da reparação dos danos causados pelo delito, que emerge como componente cada vez mais central na discussão da justiça penal, abrindo espaço para os modelos de reação ao conflito.

Antonio García-Pablos de Molina e Luiz Flavio Gomes trabalham nove modelos ou sistemas de reação ao delito, que versam sobre a íntima relação da reparação do dano como reação estatal ao delito que foi praticado pelo autor do fato. Os três primeiros modelos encontram íntima conexão com a abordagem histórica que já fizemos no capítulo 2 da presente obra, quando analisamos a evolução do papel da vítima ao longo da história, com especial destaque para a reparação do dano. Por essa razão, não iremos, neste tópico, aprofundar as explicações, mas tão apenas fazer uma sucinta abordagem para melhor contextualização com os modelos que iremos apresentar em seguida.

A primeira delas é a *reparação dos danos como expressão de uma vingança privada*. A vingança privada foi, por muito tempo a principal forma de satisfação dos interesses da vítima penal, onde preponderava a luta, a violência, a crueldade e a reação sanguinária. A vingança era resolvida em cadeia, onde de uma inimidade pessoal passava-se para familiar, e desta para toda a tribo. Essa forma de solução dos conflitos cessou a partir do momento em que se percebeu que as tribos estavam sendo dizimadas, oportunidade em que se passou-se a preocupar com os limites da reação violenta.³⁹⁰

O segundo modelo é o da *reparação dos danos como restituição imposta pela justiça privada*. Aqui surge a figura de um terceiro para solucionar o litígio, passando-se da vingança privada, onde o indivíduo retribuía por sua própria autoridade o mal sofrido por outro mal, para a justiça privada, ocasião em que passa a ser necessário que a vítima se dirija a uma autoridade pública para apresentar uma queixa contra o seu ofensor. Esse sistema é denominado pelo Direito germânico histórico de *Kompositionensystem*, onde o pagamento de uma determinada quantia ou a entrega de bens à vítima ou sua família era consequência legal do dano punível, restabelecendo a paz social.³⁹¹

A *reparação dos danos como temática ignorada (neutralização da vítima)* tem lugar a partir da Idade Média, onde já se percebe um distanciamento da vítima da decisão do conflito penal, que passa para as mãos dos senhores feudais, das monarquias e, a partir no nascimento do Estado Moderno, torna vítima completamente desprezada. O crime passa a ser a violação da lei de um Estado, logo, a única expectativa que deve ser atendida dentro do

³⁹⁰ GARCIA-PABLOS DE MOLINA; GOMES, op. cit., p.466.

³⁹¹ Ibid., p.466.

processo é a satisfação da pretensão punitiva estatal, passando a vítima a possuir o mero papel testemunhal. A criminologia só volta a atenção para o criminoso, e a reparação dos danos passa a ser temática ignorada.³⁹²

A reparação do dano como sanção de relevância pública foi uma reação contra o abandono da vítima. No século XVIII, na Itália, mais precisamente o Código Penal de Toscana (Código Leopoldino de 1786), previa a reparação do dano em favor da vítima especialmente porque o autor do fato, na maior parte das hipóteses, não tinha condições de fazê-lo. O pensador Jeremia Bentham foi destacado defensor da ideia, bem como cita-se também a Escola Positiva da Criminologia, encabeçada por Garófalo e Ferri, como forte defensora da reparação dos danos dentro do processo penal. Uma vez aceita a ideia de que a reparação deve fazer parte do processo penal como sanção de natureza pública, diversas possibilidades podem existir: a) ela pode ser uma sanção pecuniária "cumulativa" com a multa estatal; b) uma sanção "substitutiva" da multa; c) uma sanção "alternativa" à multa ou à prisão, hipótese em que o Estado renuncia ao seu direito de punir e contenta-se com a reparação da vítima.³⁹³

A reparação do dano como expressão do direito premial enxerga que a reparação pode ser encarada, além de sanção, também como um prêmio. É o que tem se desenvolvido na maioria dos sistemas ocidentais, que conferem à reparação dos danos a função de circunstância atenuante da pena, além do que, a depender do ordenamento, esse sistema premial pode se expandir para outras hipóteses.³⁹⁴

A reparação do dano como consequência ex delicto parte de uma visão mais privatista, em que a reparação dos danos não aparece como uma sanção pública, mas como um interesse particular da vítima que deve lutar para alcançá-lo. Os sistemas jurídicos são os mais variados: alguns admitem essa postulação dentro do próprio processo penal e, desse modo, cumpre ao juízo criminal decidir sobre a reparação; outros exigem que essa questão seja decidida por um juiz cível.³⁹⁵

³⁹² Ibid., p.466.

³⁹³ Nesta hipótese, completam os autores: "É o que ocorre em muitos Estados da África, onde o decisivo é a reparação para o restabelecimento da paz? No Código Penal brasileiro temos manifestação dessa modalidade de reparação (alternativa): art. 312, §3º, por exemplo (reparado o dano no peculato culposo, antes da sentença, resulta extinta a punibilidade). Cabe ainda citar o pagamento do cheque sem fundos, antes do início da ação penal (Súmula 554 do STF). Em todas essas hipóteses, a reparação é a única consequência para o fato praticado. Desaparece a pretensão punitiva estatal com o só fato da reparação. Não é preciso chegar à prisão primeiro, para depois "substituí-la" pela reparação. A diferença entre reparação alternativa e substitutiva é esta: na primeira, a reparação por si só já extingue a punibilidade; na segunda, primeiro aplica-se a pena tradicional (prisão) e só depois pode-se substituí-la. GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**: introdução a seus fundamentos teóricos. Tradução e notas da primeira parte: Luiz Flávio Gomes. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p.467.

³⁹⁴ GARCIA-PABLOS DE MOLINA; GOMES, op. cit., p.467.

³⁹⁵ Ibid., p.467.

A *reparação dos danos como ressarcimento securitário* vem da noção de risco do mundo moderno, onde as vítimas confiam a reparação dos danos sofridos em planos securitários, que vem se expandindo. É a securitização da reparação do dano e do próprio Direito Penal que, muito embora possa ter por administrador o próprio Estado, geralmente são companhias particulares que se encarregam do ressarcimento.³⁹⁶

A *reparação dos danos como medida de caráter social e humanitário* tem como marco histórico o final da 2ª Guerra Mundial, onde o Estado Social de Direito assumiu tarefas “sociais” incontornáveis, orientando-se para a assistência às vítimas de delitos. Diversos países passaram a adotar: a) Na Nova Zelândia, desde 1963 existe referido programa de assistência; b) Nos Estados Unidos existem mais de quinhentos programas assistenciais; c) Em Cuba, tem-se o modelo de caixa de ressarcimento onde o Estado, que é o gestor do fundo, paga a vítima, e depois cobra do autor do fato. No direito brasileiro, também está presente na Lei 7.347/85 (fundo de direitos difusos e coletivos) e Lei 8.080/90 (fundo para indenizações ao consumidor).³⁹⁷

A *reparação dos danos como expressão da reprivatização do conflito* é um modelo que tem como premissa o fato de que a monopolização da Justiça Penal marginalizou a vítima penal, pois o Estado “roubou o conflito”, a despersonalizando e se tornando, em diversas hipóteses, mais um ente revitimizador. Nessa ótica, muitos sustentam a “reprivatização do conflito”, com apoio na ideia da *diversion*, onde, como afirma Raul Cervini, tem como meta propostas tendentes a elaborar um equilíbrio justo entre a vítima, o autor do fato e a sociedade, sem recorrer a processos penais formais. Evita-se a estigmatização, própria dos processos penais convencionais, e se possibilita que os atores do conflito possam regular a lide como participantes de uma instância informal de auto-ajustamento. Isso pressupõe o desenvolvimento de programas destinados a capacitar a comunidade para desenvolver habilidades para manejar conflitos em termos mais humanos, por meio da mediação e da colaboração interpessoal.³⁹⁸

5.3 Reparação pública em prol das vítimas criminais e a omissão constitucional do Estado brasileiro em conferir eficácia ao art. 245 do ADCT

A reparação pública em prol das vítimas criminais tem assento constitucional no art. 245 da nossa carta magna, muito embora a efetiva implementação desse dispositivo

³⁹⁶ Ibid., p.467.

³⁹⁷ Ibid., p.468.

³⁹⁸ Ibid., p.468.

constitucional não seja lembrada nas discussões político-criminais. Trata-se de norma arquitetada pelo nosso constituinte originário, a qual há mais de 35 anos aguarda que os poderes constituídos lhe conferiram eficácia, em uma incandescente omissão inconstitucional. Diz o dispositivo: “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”.

Trata-se de norma que possui íntima relação com o art. 5º, LXXIV, da CR/88 que estabelece que o Estado prestará assistência integral e gratuita aos que comprovarem a insuficiência de recursos³⁹⁹, possuindo, assim, uma matriz de direito fundamental.

Assim, o art. 245 da CR/88 deve ser lido como um reforço à proteção jurídicas dos hipossuficientes. A exigência de lei regulamentadora diz respeito ao fato de que a norma constitucional não trata apenas da assistência jurídica às vítimas de crimes dolosos somente, mas também aos seus herdeiros e dependentes.⁴⁰⁰

A criação de um fundo de reparação às vítimas criminais pelos Estados nacionais é imperativo da Declaração dos Princípios Básicos de Justiça para as Vítimas de Delitos e de Abuso de Poder (Resolução nº 40/34 de 29 de novembro de 1985 da ONU):

12. Caso não seja possível obter do delinquente ou de outras fontes uma indenização completa, os Estados devem procurar assegurar uma indenização financeira:

- a) Às vítimas que tenham sofrido um dano corporal ou um atentado importante à sua integridade física ou mental em resultado de atos criminosos graves;
- b) À família, em particular aos dependentes das pessoas falecidas ou atingidas por incapacidade física ou mental em resultado de tal vitimização.

13. Deve ser encorajado o estabelecimento, o reforço e a expansão de fundos nacionais para a indenização das vítimas. Se necessário, podem também ser estabelecidos outros fundos para este efeito, nomeadamente nos casos em que o Estado do qual a vítima seja nacional não esteja em condições de a indenizar pelo dano sofrido.

Além disso, o Estatuto de Roma, do Tribunal Penal Internacional, promulgado pelo Brasil pelo Decreto nº 4.388 de 25 de setembro de 2002, trouxe, em seu art. 79, a previsão de um fundo em favor das vítimas de crimes e seus familiares de competência do referido tribunal.⁴⁰¹

A criação do fundo nacional de proteção às vítimas criminais se insere no modelo de reparação pública, que justifica a obrigação do Estado ressarcir e indenizar os danos suportados pelas vítimas em razão de uma solidariedade pública ou social de cariz não só

³⁹⁹ CANOTILHO, op. cit., p. 2284.

⁴⁰⁰ Ibid., p. 2284.

⁴⁰¹ BARROS, op. cit., p. 133.

“humanístico e humanitário”, mas também como diretiva moderna de distribuição dos riscos da insegurança e dos danos resultantes da violação das leis penais.⁴⁰²

Com efeito, a macrocriminalidade e o exponencial crescimento do fenômeno da vitimização tem gerado a necessidade de se buscarem estratégias nos ordenamentos jurídicos estatais para oferecer uma margem mínima de segurança social às vítimas infortunadas de crimes.

Tem prevalecido que essa intervenção estatal deve ter natureza meramente subsidiária, ou seja, apenas quando o autor do crime não dispuser de recursos para reparar o dano cumpre chamar o Estado para cumprir o referido encargo. Argumenta-se ainda que, quando ocorre um crime, o Estado falha com o cidadão em razão da *culpa in vigilando*, e, já que não logrou êxito em prevenir o delito, deve repará-lo quando necessário.⁴⁰³

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal já decidiu que a responsabilidade do Estado pela omissão na prestação do serviço de segurança pública é objetiva, conforme pode ser conferido a partir do seguinte excerto de julgamento:

Entendeu-se que restaria configurada uma grave omissão, permanente e reiterada, por parte do Estado de Pernambuco, por intermédio de suas corporações militares, notadamente por parte da polícia militar, em prestar o adequado serviço de policiamento ostensivo, nos locais notoriamente passíveis de práticas criminosas violentas, o que também ocorreria em diversos outros Estados da Federação. Em razão disso, o cidadão teria o direito de exigir do Estado, o qual não poderia se demitir das consequências que resultariam do cumprimento do seu dever constitucional de prover segurança pública, a contraprestação da falta desse serviço. Ressaltou-se que situações configuradoras de falta de serviço podem acarretar a responsabilidade civil objetiva do Poder Público, considerado o dever de prestação pelo Estado, a necessária existência de causa e efeito, ou seja, a omissão administrativa e o dano sofrido pela vítima, e que, no caso, estariam presentes todos os elementos que compõem a estrutura dessa responsabilidade. Além disso, aduziu-se que entre reconhecer o interesse secundário do Estado, em matéria de finanças públicas, e o interesse fundamental da pessoa, que é o direito à vida, não haveria opção possível para o Judiciário, senão de dar primazia ao último.⁴⁰⁴

A instituição de fundos nacionais de reparação às vítimas criminais não é novidade no direito comparado. O primeiro país a adotá-lo foi a Nova Zelândia no ano de 1963. Programas de compensação sob a égide da responsabilidade pública certamente se alinham com os princípios do Estado Social. A Nova Zelândia é frequentemente citada como um caso empírico bem estudado nesse contexto. Conforme observa García-Pablos de Molina, as

⁴⁰² CÂMARA, op. cit., p. 208.

⁴⁰³ Ibid., p. 209-210.

⁴⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **STA 223 AgR/PE** Acórdão de decisão que julgou, em sede de pedido de suspensão de tutela antecipado, a omissão do Estado de Pernambuco na garantia da segurança pública em seu território (inteiro teor). STA 223 AgR/PE. Relator p/ Acórdão, 14 de abril de 2008. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2601694> . Acesso em: 10 set. 2020.

preocupações inicialmente manifestadas sobre a eficácia desses programas mostraram-se sem fundamento; isto é, as compensações oferecidas não incentivaram comportamentos negligentes por parte das vítimas e os montantes concedidos não são exorbitantes. No entanto, esses programas não estão isentos de críticas. Existem riscos de manipulação política, comumente denominados como programas "vitimagógicos". Além disso, esses mecanismos não necessariamente incentivam o infrator a reconhecer a gravidade do seu ato delituoso ou a identidade da sua vítima. Adicionalmente, em certos casos, a experiência de receber a compensação pode se tornar um processo tortuoso, resultando em uma forma de "vitimização" secundária.

O Conselho da Europa aprovou, no ano de 1983, a "Convenção Europeia relativa à Indenização de Vítimas de Crimes Violentos", que entrou em vigor em 1988. Entre os países que assinaram a convenção, incluem-se Azerbaijão, Chipre, República Tcheca, Dinamarca, Finlândia, França, Alemanha, Luxemburgo, Países Baixos, Noruega, Suécia, Suíça e Reino Unido. O fundo de reparação pública se restringe às vítimas de crimes violentos e seus sucessores, e a indenização é recebida mesmo se o autor do fato não for conhecido ou não for punido, constituindo-se dos prejuízos e das perdas relativas ao fato criminoso, como gastos com medicamentos, atendimento hospitalar, funerais e até alimentos para os descendentes.⁴⁰⁵

Em Portugal, o Decreto-Lei nº 423/91 estabeleceu o regime jurídico de proteção das vítimas de crimes violentos, seguindo as diretrizes do Conselho da Europa. Na exposição de motivos, deixou-se claro que o fundamento é a solidariedade social, e não a responsabilidade civil do Estado que, na luta contra a criminalidade, estabelece uma obrigação de meio, e não de resultado.⁴⁰⁶

Na Espanha, a Lei nº 35 de 1995 avançou em relação à lei portuguesa, pois incluiu não só as vítimas de crimes violentos que afetem a integridade física, como também crimes sexuais perpetrados sem violência física.⁴⁰⁷

É imperioso que se busquem mecanismos para que o Estado brasileiro promova a reparação civil quando os autores do fato restarem insolventes. Segundo dados do sistema prisional, a população carcerária brasileira é composta de 99,52% de indivíduos sem ensino superior completo, 89,05% sem ensino médio completo e 60,29% sem ensino fundamental completo, o que nos leva à óbvia conclusão de que os criminosos no Brasil não possuem renda

⁴⁰⁵ BARROS, op. cit., p. 131.

⁴⁰⁶ Ibid., p. 131.

⁴⁰⁷ Ibid., p. 132.

estável ou suficiente para reparar o dano causado às vítimas penais, o que torna as previsões legais existentes, embora louváveis, claramente ineficazes frente à nossa realidade social.⁴⁰⁸

Com a finalidade de provocar a Procuradoria-Geral da República (PGR), com o objetivo demandar, junto ao Supremo Tribunal Federal (STF), pela declaração de inconstitucionalidade por omissão do Estado brasileiro em regulamentar por meio de lei o art. 245 do ADCT, o Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Lelio Braga Calhau, protocolizou a Representação nº 20200015830⁴⁰⁹. Entretanto, o referido petítório foi arquivado pela Procuradoria-Geral da República através da Decisão nº 639/2020⁴¹⁰ sob os seguintes fundamentos: a) a iniciativa de propor junto ao STF ação direta de inconstitucionalidade não é exclusiva do PGR; b) a provocação da jurisdição constitucional em controle concentrado envolve um juízo de valoração político-jurídica quanto à conveniência e oportunidade de fazê-lo; c) já se encontra em tramitação no Senado Federal o Projeto de Lei nº 1.242/2019 com a finalidade de regulamentar o art. 245 do ADCT.

Entretanto, verifica-se que as razões de arquivamento expostas pela PGR foram extremamente insuficientes para convencer e pacificar a questão. O argumento acerca da existência de legitimidade concorrente para a ADI por omissão não inviabiliza que a questão seja examinada por quaisquer dos legitimados, posto que a legitimidade é disjuntiva, sendo plenamente possível cada legitimado atuar sem a vênia dos demais. Nesse aspecto, dentre os legitimados, o Ministério Público, que tem por função institucional no art. 127 a tutela dos interesses sociais e individuais indisponíveis, é quem possui a pertinência temática mais afim com a tutela vitimária para buscar junto ao judiciário que cesse a inconstitucionalidade.

Além disso, é irrazoável que, durante mais de 35 anos de silêncio na implementação de um direito com matriz fundamental, se argumente no sentido de que o pleito carece de conveniência e oportunidade. Nem a tramitação do Projeto de Lei nº 1.242/2019 é capaz de arrefecer a urgência da questão, uma vez que, embora exista, de fato uma iniciativa legislativa em trâmite, é fácil perceber que a mora inconstitucional resulta de uma falta de importância política que é conferida à matéria.

No Congresso Nacional, várias propostas legislativas abordam a temática de vítimas de crimes e as respectivas reparações ou indenizações que devem ser pagas pelo Estado.

⁴⁰⁸ BURKE, op. cit., p. 144.

⁴⁰⁹ Disponível em: https://issuu.com/leliobragacalhau/docs/representa_o_ao_pgr_sobre_omiss_o_constitucional_. Acesso em: 18 de set. de 2023.

⁴¹⁰ Disponível em: https://issuu.com/leliobragacalhau/docs/pgr_decis_o_de_arquivamento_-_artigo_245_da_vitima. Acesso em: 18 de set. de 2023.

Entre elas, destaca-se o Projeto de Lei do Senado (PLS) 269/2003, que posteriormente foi renumerado como Projeto de Lei (PL) 3503/2004. Proposto pelo Senador José Sarney, este projeto estabelece direitos para vítimas de atividades criminosas e também regulamenta o artigo 245 da Constituição Federal, instituindo o Fundo Nacional de Assistência às Vítimas de Crimes Violentos (FUNAV), entre outras medidas.⁴¹¹

Outro projeto relevante é o PL 5019/2013, apresentado pelo então Deputado e atual Senador Jayme Campos, de Mato Grosso. Esta proposta visa à criação do Fundo Nacional de Amparo às Mulheres Agredidas (FNAMA), com a finalidade de prover auxílio financeiro às vítimas femininas de violência doméstica por um período de 12 meses.⁴¹²

Também se destaca o PL 7371/2014, que propõe a criação do Fundo Nacional de Enfrentamento à Violência contra a Mulher. O objetivo deste fundo é financiar uma gama de serviços e programas dedicados à proteção da mulher.⁴¹³

O PL 1.692/2015, que mais tarde foi renumerado como PL 1.242/2019, foi apresentado pela então Deputada e atual Senadora Mara Gabrilli de São Paulo. Este projeto também se propõe a regulamentar o art. 245 da Constituição Federal, focando em crimes dolosos contra a vida, consumados ou tentados. Além disso, a proposta estabelece o auxílio-vítima como um benefício previdenciário, concedendo aos beneficiários uma quantia equivalente a um salário-mínimo e meio. Alterações na Lei Orgânica de Assistência Social também estão previstas para incluir esse tipo de auxílio às vítimas em questão.⁴¹⁴

O Projeto de Lei do Senado (PLS) 65/2016, proposto pelo Senador Ricardo Ferraço do Espírito Santo, visa estabelecer o Ato Nacional dos Direitos das Vítimas de Crimes, fornecendo definições legais e garantindo uma série de direitos às vítimas. Já o Projeto de Lei (PL) 6.748/2016, de iniciativa do Deputado Nilto Tatto de São Paulo, restringe a responsabilidade do Estado em fornecer reparação do dano apenas quando o autor do crime for um servidor público, com especial ênfase em casos envolvendo policiais militares.⁴¹⁵

Outro projeto, o PL 92/19, apresentado pelo Deputado Federal Rodrigo Agostinho, propõe modificações nos artigos 515 e 521 do Código de Processo Civil, bem como no artigo 63 do Código de Processo Penal, com o objetivo de redefinir os procedimentos de execução cível relacionados à reparação do dano em âmbito penal.⁴¹⁶

⁴¹¹ RAMOS, op. cit., p. 189-190.

⁴¹² Ibid., p. 189-190.

⁴¹³ Ibid., p. 189-190.

⁴¹⁴ Ibid., p. 189-190.

⁴¹⁵ Ibid., p. 189-190.

⁴¹⁶ Ibid., p. 189-190.

O Projeto de Lei nº 1.242/2019⁴¹⁷, de iniciativa da Senadora Mara Gabrilli (PSDB-SP), está atualmente tramitando no Senado Federal, possuindo, segundo o portal do Senado Federal, 7 movimentações em 2019, 2 em 2022 e 3 em 2023. Está atualmente na Comissão de Assuntos Econômicos, sob a relatoria do Senador Sergio Moro (UB-PR), e dispõe, em seu art. 1º auxílio a que terão direito os herdeiros ou dependentes carentes das vítimas de *crimes dolosos contra a vida e demais crimes dolosos com resultado morte, consumados ou tentados*, bem como as vítimas sobreviventes de tais delitos. Propõe-se que o auxílio-vítima, nos termos do art. 3º, tenha o valor de um salário-mínimo e meio, e seja devido e devido aos herdeiros ou dependentes da vítima falecida e às vítimas sobreviventes. Quanto aos herdeiros ou dependentes, aventa-se um prazo de 5 anos, a contar da morte da vítima (art. 3º, §3º). Se a vítima for sobrevivente, sugere-se que seja devido apenas em caso de incapacidade para as atividades laborais, culturais, esportivas ou de lazer, a contar da data de verificação da incapacidade (art. 3º, §5º), enquanto perdurar a incapacidade, salvo se resultar incapacidade absoluta, hipótese em que se torna vitalício (art. 3º, §4º).

Observa-se que, já no berço, o projeto de lei padece de inconstitucionalidade por violação do princípio da proporcionalidade, em especial sob a vertente da proibição da proteção insuficiente. É que, ao contrário do imperativo do art. 245 da CR/88, que dispõe sobre a necessidade de a legislação regulamentar o fundo de assistência às vítimas de *crimes dolosos*, o projeto reduziu o espectro de incidência apenas para os *crimes dolosos contra a vida e demais crimes dolosos com resultado morte, consumados ou tentados*. Não é dado ao legislador ordinário restringir o conteúdo de um direito fundamental, razão pela qual temos a legítima esperança de que, nas discussões políticas sobre o projeto no Congresso Nacional, acaso venham a ocorrer, a referida inconstitucionalidade seja corrigida.

Em reforço ao argumento supramencionado, Canotilho et al. sustentam que a forma como o art. 245 da CR/88 será regulamentado pelo legislador ordinário não deverá restringir o fundo à assistência aos herdeiros e dependentes carentes de pessoas vitimizadas por *crime doloso*, uma vez que também as vítimas e herdeiros de *crimes culposos* merecem igual tratamento. Não há razão para essa distinção, principalmente quando as estatísticas indicam uma grande quantidade de pessoas vítimas de crimes de trânsito, inclusive em crimes provocados pelo Poder Público.⁴¹⁸

⁴¹⁷ Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/diarios/ver/100222?sequencia=240>. Acesso em: 13 de set. de 2023.

⁴¹⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes et al. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 2284.

Verifica-se, assim, que não basta a simples iniciativa legislativa para afirmar que o direito à reparação pública está caminhando, sendo premente que o STF, em sentença de apelo ao legislador, declare inconstitucionalidade por omissão Poder Legislativo em conferir eficácia ao art. 245 do CR/88 que, enfatizando novamente, já conta com 35 anos sem implemento.

Existem possibilidades concretas de financiamento desse programa assistencial, como, por exemplo, os valores arrecadados à título de multa penal. Espécie de sanção penal, ela consiste no pagamento de determinada quantia ao Fundo Penitenciário Nacional (FUPEN). Isso está regulamentado no art. 2º, V, da Lei Complementar nº 79/94, que regulamenta o Fundo Penitenciário Nacional (FUPEN), que prevê, em seu art. 2º, V, que uma das formas de financiamento do fundo são as multas decorrentes de sentença penal condenatória transitada em julgado. Com a exceção de determinadas normas específicas, como a existente na Lei nº 11.343/06, que destina a pena de multa ao Fundo Especial Antidrogas, toda multa penal é direcionada ao FUPEN. Esses recursos são utilizados na construção, reforma, ampliação e aprimoramento de estabelecimentos penais (art. 3º, I); na manutenção dos serviços e investimentos no sistema penitenciário (art. 3º, II), entre outros.⁴¹⁹

Há previsão legal, constante do art. 3º, IX da Lei Complementar nº 79/94, que possibilita a destinação de verbas do FUPEN para “programa de assistência às vítimas de crime”. Entretanto, inexistente qualquer programa assistencial à vítima financiado com verbas do FUPEN, o que torna o referido dispositivo letra morta.⁴²⁰

Sustenta-se, então, que a multa penal seja utilizada para indenizar vítimas penais de forma supletiva, ou seja, quando o autor do crime não dispuser de meios para fazê-lo. Dessa forma, privilegia-se a satisfação dos direitos da vítima, a qual o Estado falhou na prestação do serviço público de segurança, em detrimento de financiar o próprio poder público. A multa até poderia se destinar a custear o sistema penitenciário nacional, porém de forma secundária, pois, prioritariamente, deve-se levar em consideração a satisfação da vítima penal.⁴²¹

Não é outro o entendimento de Câmara:

(...) o valor decorrente de uma pena de multa deveria, sempre que possível e de uma forma ainda mais generosa, reverter para as vítimas de crime não indenizadas, quer-se com isso dizer: independentemente da intensa gravidade do delito. E sem a condicionante algo vaga que remete a um exercício de previsão de que o agente não efetuará a reparação do dano.

Uma política criminal moderadamente orientada para a vítima de crime deve, em primeiro lugar, direcionar-se no sentido de que a reparação prefira à pena de multa; e, caso a reparação não se tenha operado (independentemente de qualquer juízo de

⁴¹⁹ GANGONI, op. cit., p. 70.

⁴²⁰ Ibid., p. 70.

⁴²¹ Ibid., p. 70-71.

previsibilidade quanto à futura ocorrência deste evento) deve atribuir-se à vítima o montante da multa (claro, não além do limite do dano).⁴²²

Inexistem razões de ordem fáticas, jurídicas, econômicas ou sociais para que fundo de assistência às vítimas penais do art. 245 da CR/88 permaneça um dispositivo esquecido em nosso ordenamento constitucional, sendo imperativo que o legislador ordinário lhe confira efetividade para tutelar os direitos das vítimas penais cujos algozes restaram insolventes. É extremamente necessário solucionar, com a máxima urgência, a omissão inconstitucional do Poder Legislativo, que há 35 anos se esquiva de regulamentar um direito evidente fundamentalidade.

Urge salientar que, no dia 3 de outubro de 2013, o Congresso Nacional aprovou o Projeto de Lei nº 976/22, de autoria do deputado Arthur Lira, que institui a pensão especial aos filhos e dependentes menores de 18 anos de idade, órfãos em razão do crime de feminicídio tipificado no inciso VI do § 2º do art. 121 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), cuja renda familiar mensal per capita seja igual ou inferior a 1/4 (um quarto) do salário-mínimo, no valor de 1 (um) salário-mínimo, será pago ao conjunto dos filhos e dependentes menores de 18 (dezoito) anos de idade na data do óbito de mulher vítima de feminicídio. O projeto atualmente se encontra pendente de sanção presidencial.

Sem questionar a grandeza da iniciativa legislativa na busca da tutela vitimária, mas não se compreende a razão para restringir um espectro de proteção somente aos órfãos de mães vítimas de feminicídio quando o art. 245 da CR/88 não realiza esse recorte. Além disso, com igual razão, o familiar de qualquer crime doloso contra a vida consumado passa por idêntica situação de vulnerabilidade econômica, razão pela qual pode-se avaliar que o princípio da isonomia foi quebrado em ambas as vertentes: formal e material. O feminicídio corresponde a apenas uma pequena parcela de todos os homicídios que são praticados, razão pela qual a ampla maioria dos familiares permanecerão com seus direitos reparatórios esquecidos.

5.4 O assistente de acusação como ferramenta deficiente de tutela vitimária

Outra ferramenta processual à disposição da vítima criminal para a reparação dos danos é a sua habilitação enquanto assistente de acusação. Trata-se de uma forma de intervenção de terceiros no processo penal, entendendo-se por assistente o ofendido ou, nos casos previstos em lei, outro terceiro interessado, que se habilita formalmente no processo penal

⁴²² CÂMARA, op. cit., p. 213.

de iniciativa pública para o exercício de certas faculdades processuais que a lei lhe reserva, além dos direitos gerais conferidos à vítima hipotética criminal.⁴²³

Podem ser habilitados como assistentes, nos termos do art. 268 c/c art. 31 do CPP, a própria vítima e, em caso de morte, seu sucessor legal (cônjuge, ascendente, descendente ou irmão). Para atuar em juízo como assistente, a vítima ou sucessor deverá habilitar um advogado ou defensor público, conforme o caso.⁴²⁴

A atuação do assistente de acusação, por interpretação do art. 268 do CPP, vai do recebimento da denúncia até o trânsito em julgado da sentença, não se admitindo na fase pré-processual. Ele é habilitado por meio de decisão judicial (art. 272 do CPP) por despacho irrecorrível (art. 273 do CPP).

Seus poderes estão disciplinados no art. 271 do CPP, que lhe outorga expressamente o direito de: propor meios de prova; requerer perguntas às testemunhas; aditar a ação penal e as manifestações ministeriais; participar do debate oral; e arrazoar os recursos interpostos pelo Ministério Público; recorrer, ou por ele próprio, nos casos dos arts. 584, § 1º, e 598.

Atualmente, se consolidou o entendimento na doutrina majoritária e na jurisprudência dos tribunais superiores de que, para além da reparação do dano, o que fundamenta a atuação do assistente de acusação no processo penal é a busca pela justiça.⁴²⁵

Alguns autores são bastante críticos à figura do assistente de acusação no processo penal. Segundo Lopes Junior, o impulso de vingança pode comprometer seriamente a integridade e a ética do processo penal. Segundo o autor, esta observação não seria uma desconsideração à vítima, mas um alerta para os perigos de permitir que tal influência afete a justa administração da lei. Afirma ainda que a busca por reparação econômica não deve ser misturada com o objetivo principal de um processo penal: esta amalgamação de interesses acusatórios e indenizatórios criaria uma complexidade lógica e, sobretudo, um hibridismo potencialmente problemático. Esse cenário pode resultar em "penalizações mascaradas como absolvições factuais", onde o acusado seria condenado a sanções penais mínimas (como multas ou restrições de direitos) por delitos menores. O objetivo subjacente, nesse caso, seria satisfazer um interesse indenizatório, gerando um desvio inaceitável do propósito central do sistema penal.⁴²⁶

⁴²³ REBOUÇAS, op. cit., p. 78.

⁴²⁴ Ibid., p. 78.

⁴²⁵ BURKE, op. cit., p. 166-167.

⁴²⁶ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 883-884.

Entretanto, a concepção de que o interesse do ofendido no processo penal é estritamente patrimonial não corresponde à sua representação jurídica tal como prevista no Código de Processo Penal. Este entendimento limitado parece advir de uma análise focada unicamente nos efeitos que uma sentença condenatória poderia ter em um contexto civil. No entanto, quando observado sob uma perspectiva constitucional e funcional, a participação do ofendido ou de seus sucessores no processo penal vai além. Ela serve para pluralizar o diálogo qualitativo e reconhecer a dignidade humana da vítima, que foi violada pelo ato criminoso.⁴²⁷

Além disso, no âmbito de uma república democrática, a presença do assistente de acusação serve como um mecanismo de fiscalização ativa e concreta da eficácia na prestação de um serviço público muito específico. Esse envolvimento certamente terá reflexos diretos em sua esfera jurídica. Limitar a atuação do assistente a considerações meramente financeiras não apenas simplifica indevidamente seu papel, mas também perpetua padrões que podem revitimizar a vítima. Isso ocorre especialmente quando se tenta quantificar o dano à sua dignidade, ignorando o significado mais amplo e simbólico da lesão ao bem jurídico tutelado, um aspecto que o Direito Penal considera em sua complexidade.⁴²⁸

A análise sobre como a vítima pode efetivamente participar do processo penal não nega a ideia de que o Estado, ao penalizar os culpados, também reafirma valores sociais e eleva a dignidade dos bens jurídicos afetados, que são de extrema importância para a comunidade. Este ato do Estado é direcionado pelo objetivo ético de distribuir justiça de forma apropriada, respeitando as garantias fundamentais dos envolvidos no processo. Tais considerações não têm o objetivo subversivo de desviar a função do Estado por meio de incentivos privados, nem de estimular a vítima a buscar uma forma de retribuição através da pena.⁴²⁹

Ao revisitar o papel da vítima no diálogo processual, o objetivo é desafiar visões restritivas que historicamente têm justificado sua marginalização na funcionalidade do processo. O intuito é promover discussões que visem a estratégias para incluir a vítima no discurso jurídico, por meio do reconhecimento de seus interesses e da validação estatal de sua posição.⁴³⁰

Ademais, é plenamente legítimo que a vítima esteja motivada não por interesses patrimoniais, mas sim pelo desejo de restaurar sua dignidade. Nesse contexto, o ofendido pode

⁴²⁷ BALLAN JUNIOR, Octahydes; PEREIRA; Ticiane Louise Santana. Assistência e Ministério Público: reflexões sobre a participação processual da vítima sob a ótica da teoria do reconhecimento. In: MONTEIRO, Rodrigo (org.). **Assistente de acusação: a necessária superação da invisibilidade da vítima no processo penal**. São Paulo: Editora Dialética, 2022, p. 389-390.

⁴²⁸ Ibid., p. 389-390.

⁴²⁹ Ibid., p. 397-398.

⁴³⁰ Ibid., p. 397-398.

legitimamente almejar ser reconhecido e respeitado, participando do debate penal para proteger valores constitucionais humanos, inclusive combatendo qualquer sentimento de vergonha que possa ter experimentado.⁴³¹

Nesse sentido, para além da mera compensação financeira, o código adjetivo penal também passou a prever a possibilidade de o assistente requerer, quando descumprida uma medida cautelar diversa da prisão, a sua substituição por medidas cautelares de natureza pessoal, ou mesmo a decretação de prisão preventiva e ou a, (CPP, art. 282, § 4º, e art. 311, na redação dada pela Lei 12.403/11).

Entretanto, é preciso constatar que o instituto do assistente de acusação, apesar da sua já propalada importância, é instrumento subutilizado no nosso ordenamento jurídico. Em primeiro lugar, porque é um instituto invisível, pois poucos conhecem o seu desenho jurídico. Vivemos numa sociedade em que os mais básicos dos direitos fundamentais ainda são ignorados cotidianamente pelos gestores públicos, que negam o usufruto à sociedade de interesses como saúde e educação. Não é de se admirar que parcela significativa das pessoas que são vítimas de crimes não tenham a compreensão que têm o direito de influenciar no processo penal se habilitando como assistente de acusação.

O desconhecimento tem raízes claras nos traços ainda persistentes da neutralização conferida à vítima pelo sistema de justiça criminal nacional. A prática forense revela que, dentre a pequena parcela das vítimas que leva a notícia do crime que lhe vitimou às autoridades competentes, apenas um ínfimo número destas são alertadas pelas autoridades que, quando da deflagração do processo criminal, elas poderão se habilitar como assistentes de acusação.

Muito embora algumas construções teóricas e inovações legislativas nos últimos anos tenham dotado a vítima de uma maior relevância na persecução penal, ela ainda continua, na ordem factual das coisas como elas são, sendo vista como mera informante da infração penal da qual foi lesada. Se, de um lado, a legislação ainda se revela insuficiente para tutelar os direitos fundamentais das vítimas de forma integral, também é possível acompanhar, nas investigações e processos criminais, uma aplicação das regras já postas aquém do adequado.

A ordem jurídica nacional de tutela à vítima se reveste, nas lições de Marcelo Neves⁴³² muitas vezes, de uma mera legislação simbólica, que somente tem o feito de prestar uma satisfação à sociedade, ostentando sua existência formal, com um âmbito de aplicação material reduzido ou até esquecido pelos operadores do direito.

Segundo entendimento doutrinário dominante, a vítima não possui atuação durante

⁴³¹ Ibid., p. 397-398.

⁴³² NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização simbólica**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994.

as investigações policiais, mas tão somente no decorrer do processo criminal, o qual tem seu início a partir do momento do recebimento da denúncia. Ocorre que esse momento processual – o recebimento da denúncia – não consta como umas das hipóteses previstas no CPP em que a vítima deve ser comunicada sobre o ato processual. Para que a vítima tome conhecimento, é necessário que ela acompanhe de forma próxima o trâmite processual, algo que, para um cidadão comum, é algo extremamente complexo.

Lembremos que, se a natural clientela do sistema de justiça criminal – os investigados, réus e apenados - são as pessoas pobres, sem instrução e esquecidas pelo Estado, o mesmo ocorre com as vítimas, que também se encontram, na ampla maioria dos casos, entre a parcelas mais desfavorecida da nossa sociedade. Elas desconhecem os seus direitos mais básicos por tão vilipendiados que costumam ser pelo poder público.

Como resultado, percebe-se que o assistente da acusação, em seu diminuto espaço de realização dentro do processo penal nacional, tem sua utilização reduzida na maior parte das ocasiões às pessoas que tem algum poder aquisitivo e que são vítimas de crimes ou sucessores destas.

Ainda em relação às pessoas que, quando devidamente informadas, buscam seu direito de acompanhar o processo em que foram vitimadas de forma ativa, constituindo-se como assistentes de acusação, verifica-se que, pelas razões sociais já apontadas, é comum que não se obtenha sucesso na sua efetivação. Isso porque, naturalmente, são pessoas que possuem poucos recursos financeiros para custear os honorários de um advogado particular. Em razão disso, quando procuram a Defensoria Pública, se deparam com um cenário igualmente desencorajador: por razões estruturais, em se tratando de uma instituição que nasceu com a CR/88, não temos um número suficiente de Defensores Públicos para atender à alta demanda da população, pois se trata de uma carreira em construção e que precisa ainda se consolidar no território nacional. Ainda nos locais em que existe Defensoria Pública para atender aos interesses da população, pelo deficiente número de profissionais da instituição, raramente se verá disponibilidade de haver dois defensores designados para um mesmo caso em posições distintas: um para funcionar como defensor do réu, e o outro para tutelar os interesses do assistente de acusação. Lembremos que, obviamente, um mesmo defensor não pode atuar simultaneamente no mesmo processo tutelando ambos os interesses, por manifesto conflito.

A vítima é, ao lado de tantos outros grupos minoritários, extremamente carente de um olhar sensível do Estado. Se, atualmente, a criminalidade no Brasil tomou contornos incontroláveis, de forma que o Estado não possui condições de oferecer a segurança que a sociedade necessita, o primeiro degrau deve ser o reconhecimento dessa falha, buscando-se

reparar ao máximo os nefastos efeitos que um crime acarreta ao âmbito dos interesses da vítima.

Assim, é preciso expor as chagas desse importante instituto jurídico – o assistente de acusação – que, muito embora esteja satisfatoriamente normatizado no nosso ordenamento jurídico, ainda carece de efetiva implementação para que se proporcione uma tutela adequada dos direitos das vítimas penais, ainda que nesse parcial aspecto: o acompanhamento ativo do processo penal.

Entender a figura do assistente de acusação e suas deficiências passa, portanto, por também compreender a história da tutela das vítimas de crimes e contextualizar a tutela desses direitos. Muito embora a previsão do instituto seja uma grande conquista nesta temática, não podemos ignorar a sua parca aplicação prática, o que só reforça a problemática de buscar um tratamento mais humanizado para a vítima durante a persecução penal.

5.5 Ferramentas de reparação de dano à vítima penal no ordenamento jurídico brasileiro

O nosso ordenamento jurídico traz a previsão de inúmeras ferramentas processuais que tem por finalidade resguardar o direito da vítima à reparação do dano sofrido. Trata-se de um assunto que não se encontra sistematizado didaticamente em nosso ordenamento jurídico, havendo previsões esparsas em inúmeros institutos processuais sobre essa temática. Nesse tópico, buscamos ordenar, nesse cenário complexo e multifacetado, os principais mecanismos existentes que tem por finalidade viabilizar a reparação do dano à vítima penal.

5.5.1 Sistema processual de reparação do dano

A relação processual existente entre o dano causado pelo autor de um fato típico penal e o consequente mecanismo de reparação do dano sofrido foi nominado, no nosso sistema processual brasileiro, de ação civil *ex delicto*, possuindo alguns contornos peculiares que lhes são próprios, conforme iremos expor a seguir.

Existem quatro sistemas que dispõe sobre o relacionamento entre a ação civil para a reparação do dano e a ação penal para a punição do autor do fato:⁴³³

a) sistema da confusão: foi um sistema aplicado na antiguidade, muito antes de o Estado trazer para si a solução de conflitos intersubjetivos, em que cumpriria ao ofendido buscar

⁴³³ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal: volume único**. 8. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2020, p. 398-399.

a reparação do dano e a punição do autor mediante ação direta contra o ofensor, de forma que a mesma ação era utilizada para imposição de pena e para fins de ressarcimento;

b) sistema da solidariedade: sistema pelo qual existe uma cumulação obrigatória de ações distintas, uma de natureza penal, e outra de natureza civil que, apesar de distintas, eram obrigatoriamente resolvidas juntas dentro de um mesmo processo;

c) sistema da livre escolha: diferente do sistema da solidariedade, a cumulação de duas demandas perante o mesmo juízo é uma faculdade do ofendido, que pode escolher entre promover a ação de reparação de danos na seara cível ou penal. Entretanto, é possível que juiz da seara cível determine a paralisação do andamento do processo até a superveniência do julgamento definitivo da demanda penal para evitar decisões contraditórias.

d) sistema da independência: as duas ações devem ser propostas de forma independente, uma no juízo cível, que versará sobre a questão patrimonial de natureza eminentemente privada, e outra no juízo penal, cujo interesse é do Estado em sujeitar o autor do dano à uma sanção prevista em lei.

O direito processual pátrio consagrou o *princípio da independência relativa* entre as esferas penal e civil, pois existe uma subordinação temática de uma instância sobre a outra em relação a determinadas questões.⁴³⁴ Segundo a regra geral esculpida no art. 935 do Código Civil, “a responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal”.

No caso da reparação do dano, o art. 91, I do Código Penal diz que é efeito necessário da condenação tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime. É uma regra que excepciona o art. 935 do Código Civil, onde o que foi decidido na esfera penal vincula o juízo cível. Além disso, outros dois dispositivos causaram relativização do clássico princípio da independência das instâncias: a) o art. 74 da Lei nº 9.099/95 (Juizados Especiais Criminais), em que a reparação cível pode ser efetivada no próprio âmbito criminal; b) a disciplina do art. 387, IV do CPP, inserida pela Lei nº 11.719/08, que trouxe a previsão de ser fixado, na sentença penal condenatória, a indenização mínima a título de reparação de danos.

A reparação do dano restou disciplinada no Código de Processo Penal no “Título IV – Da Ação Civil”, através dos arts. 63 a 68, que é conhecida doutrinariamente como *Ação Civil Ex Delicto*. Alencar entende que o legislador incorreu em impropriedade ao disciplinar no

⁴³⁴ REBOUÇAS, op. cit., p. 406.

Código de Processo Penal a ação de reparação do dano, pois não se trata de matéria criminal, embora seja um recorte jurídico sobre o fato penal.⁴³⁵

Essa cumulação é uma deformação do processo penal, que passa a ser também um instrumento de tutela de interesses privados. Não está justificada pela economia processual e causa uma confusão lógica grave, tendo em vista a natureza completamente distinta das pretensões (indenizatória e acusatória). Representa uma completa violação dos princípios básicos do processo penal e, por consequência, de toda e qualquer lógica jurídica que pretenda orientar o raciocínio e a atividade judiciária nessa matéria. Desvirtua o processo penal para buscar a satisfação de uma pretensão que é completamente alheia a sua função, estrutura e princípios informadores.

Como exemplo dessa errônea *privatização do processo penal*, o próprio Direito Penal nos oferece as absurdas “condenações penais disfarçadas de absolvição de fato”. Ocorrem quando alguém é condenado a uma insignificante pena de multa (responsabilidade penal) quando o que se pretende, na realidade, é uma substancial indenização na esfera cível (responsabilidade civil), utilizando a sentença penal condenatória como título executivo judicial. Para amparar esse tipo de direito, existem vias próprias e para isso está o processo civil. Cada coisa no seu devido lugar.⁴³⁶

Para Palermo, aqueles que afirmam que a reparação de danos é uma questão de natureza civil desconsideram por completo a importância de os atos de reparação serem realizados de forma voluntária ou como resultado de um esforço significativo por parte do autor de um crime. A reparação engloba uma variedade de elementos, incluindo a restituição, que envolve a devolução do bem subtraído, a indenização, que consiste no pagamento em dinheiro para compensar o dano causado, a satisfação, que visa fazer a vítima se sentir mais confortável, como no caso de um pedido de desculpas, e a reabilitação do agressor, com a garantia de que o ato não se repetirá. Portanto, o conceito de reparação vai além da simples responsabilidade civil *ex delicto* e permite abranger não apenas a reparação da vítima direta ou da coletividade, mas também o pagamento a fundos de auxílio a vítimas, uma reparação simbólica direcionada à vítima direta por meio de pedidos de desculpas e à sociedade em geral (potenciais vítimas), por meio de trabalhos em benefício da comunidade.⁴³⁷

A reparação do dano em sentido penal é aquela que se realiza voluntariamente após o delito através de comportamentos positivos posteriores à sua execução. Ela repara, além da vítima direta (interesse individual), também as vítimas potenciais (interesse coletivo), com uma natureza mista, o que minimiza o dano social.⁴³⁸

Assim, com sustentáculo na doutrina de Câmara (posição exposta no capítulo 4.5) pode-se afirmar que não há razão para se insistir em uma rígida separação entre instâncias entre

⁴³⁵ ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal: em conformidade com a teoria do direito**. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2022.

⁴³⁶ LOPES JUNIOR, op. cit., p. 393-394.

⁴³⁷ GALAIN PALERMO, 2010, p. 100, apud RAMOS, 2020, p. 143.

⁴³⁸ Ibid., p. 144.

a seara penal e a civil no tocante à reparação dos danos causados pelo infrator. Pelo contrário, considerar a reparação do dano como uma terceira via importa em privilegiar igualmente os direitos e interesses de vítimas e acusados no processo penal, contribuindo para a pacificação social.

A nossa legislação trata sobre a reparação do dano sob múltiplos enfoques: pena (prestação pecuniária⁴³⁹); causa de diminuição de pena (arrependimento posterior⁴⁴⁰); circunstância atenuante⁴⁴¹; condição para o usufruto de benefícios penais, como suspensão condicional do processo⁴⁴² e pena⁴⁴³; livramento condicional⁴⁴⁴; fator relevante nos crimes

⁴³⁹ CP - Art. 43. As penas restritivas de direitos são: I - prestação pecuniária; (...) Art. 45. (...) § 1º A prestação pecuniária consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz, não inferior a 1 (um) salário mínimo nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos. O valor pago será deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários.

⁴⁴⁰ CP - Art. 16 - Nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou da queixa, por ato voluntário do agente, a pena será reduzida de um a dois terços.

⁴⁴¹ CP - Art. 65 - São circunstâncias que sempre atenuam a pena: (...) III - ter o agente: (...) b) procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as conseqüências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano;

⁴⁴² Lei 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;

⁴⁴³ CP - Art. 77 - A execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, poderá ser suspensa, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que: I - o condenado não seja reincidente em crime doloso; II - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício; III - Não seja indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44 deste Código (...) § 2º Se o condenado houver reparado o dano, salvo impossibilidade de fazê-lo, e se as circunstâncias do art. 59 deste Código lhe forem inteiramente favoráveis, o juiz poderá substituir a exigência do parágrafo anterior pelas seguintes condições, aplicadas cumulativamente: a) proibição de freqüentar determinados lugares; b) proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do juiz; c) comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

⁴⁴⁴ CP - Art. 83 - O juiz poderá conceder livramento condicional ao condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a 2 (dois) anos, desde que: (...) ; IV - tenha reparado, salvo efetiva impossibilidade de fazê-lo, o dano causado pela infração; V - cumpridos mais de dois terços da pena, nos casos de condenação por crime hediondo, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, tráfico de pessoas e terrorismo, se o apenado não for reincidente específico em crimes dessa natureza.

ambientais⁴⁴⁵; progressão de regime nos crimes contra a administração pública⁴⁴⁶; reabilitação⁴⁴⁷; multa reparatória do Código de Transito Brasileiro⁴⁴⁸; consequência o efeito genérico do crime⁴⁴⁹; parte integrante da sentença condenatória⁴⁵⁰, entre outros.⁴⁵¹ Iremos explorar os principais aspectos de cada uma dessas ferramentas nos próximos tópicos.

5.5.2 Ação de execução *ex delicto*

Nesse cenário, a ação civil *ex delicto* pode natureza cognitiva (art. 64 do Código de Processo Penal) ou executória (art. 63 do Código de Processo Penal), a depender de haver ou não sentença penal condenatória definitiva, tendo por objeto o mesmo fato hipotético veiculado na ação civil.⁴⁵² Veja o que diz a diploma penal adjetivo:

Art. 63. Transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo cível, para o efeito da reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros.

Parágrafo único. 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.

⁴⁴⁵ Lei 9.605/98 - Art. 20. A sentença penal condenatória, sempre que possível, fixará o valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido ou pelo meio ambiente. Parágrafo único. Transitada em julgado a sentença condenatória, a execução poderá efetuar-se pelo valor fixado nos termos do *caput*, sem prejuízo da liquidação para apuração do dano efetivamente sofrido. Art. 27. Nos crimes ambientais de menor potencial ofensivo, a proposta de aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa, prevista no art. 76 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, somente poderá ser formulada desde que tenha havido a prévia composição do dano ambiental, de que trata o art. 74 da mesma lei, salvo em caso de comprovada impossibilidade. Art. 28. As disposições do art. 89 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, aplicam-se aos crimes de menor potencial ofensivo definidos nesta Lei, com as seguintes modificações: I - a declaração de extinção de punibilidade, de que trata o § 5º do artigo referido no *caput*, dependerá de laudo de constatação de reparação do dano ambiental, ressalvada a impossibilidade prevista no inciso I do § 1º do mesmo artigo;

⁴⁴⁶ CP – Art. 33. (...) § 4º O condenado por crime contra a administração pública terá a progressão de regime do cumprimento da pena condicionada à reparação do dano que causou, ou à devolução do produto do ilícito praticado, com os acréscimos legais.

⁴⁴⁷ CP - Art. 94 - A reabilitação poderá ser requerida, decorridos 2 (dois) anos do dia em que for extinta, de qualquer modo, a pena ou terminar sua execução, computando-se o período de prova da suspensão e o do livramento condicional, se não sobrevier revogação, desde que o condenado: (...) III - tenha ressarcido o dano causado pelo crime ou demonstre a absoluta impossibilidade de o fazer, até o dia do pedido, ou exiba documento que comprove a renúncia da vítima ou novação da dívida.

⁴⁴⁸ Lei 9.507/93 - Art. 297. A penalidade de multa reparatória consiste no pagamento, mediante depósito judicial em favor da vítima, ou seus sucessores, de quantia calculada com base no disposto no § 1º do art. 49 do Código Penal, sempre que houver prejuízo material resultante do crime. § 1º A multa reparatória não poderá ser superior ao valor do prejuízo demonstrado no processo. § 2º Aplica-se à multa reparatória o disposto nos arts. 50 a 52 do Código Penal. § 3º Na indenização civil do dano, o valor da multa reparatória será descontado.

⁴⁴⁹ CP - Art. 91 - São efeitos da condenação: I - tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime;

⁴⁵⁰ CPP - Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória: IV - fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido;

⁴⁵¹ RAMOS, 2020, p. 128-129.

⁴⁵² REBOUÇAS, op. cit., p. 406.

Art. 64. Sem prejuízo do disposto no artigo anterior, a ação para ressarcimento do dano poderá ser proposta no juízo cível, contra o autor do crime e, se for caso, contra o responsável civil.

Parágrafo único. Intentada a ação penal, o juiz da ação civil poderá suspender o curso desta, até o julgamento definitivo daquela.

No art. 63 do Código de Processo Penal temos a primeira hipótese, a chamada ação de execução *ex delicto*, onde, havendo sentença penal condenatória transitada em julgado, inexistem dúvidas acerca da existência do dano e sua respectiva autoria, bastando que a vítima promova a reparação dos seus danos no juízo cível, sendo desnecessário o ajuizamento de ação cognitiva. Isso porque um dos efeitos da sentença penal condenatória é tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime, nos termos do art. 91, I, do Código Penal, não se aplicando, nesta hipótese, a regra da independência entre as instâncias. Além disso, o art. 515, *caput*, VI do Código de Processo Civil fixa a sentença penal condenatória definitiva como hipótese de título executivo judicial, bastando ao ofendido – ou, em caso de morte ou ausência, ao seu sucessor legal - promover a satisfação desse título no juízo cível.⁴⁵³ Essa matéria está expressamente disciplinada no art. 63, *caput*, do Código de Processo Penal, que afirma “Transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo cível, para o efeito da reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros”.

A exceção a essa regra seria na hipótese do responsável civil que não foi parte no processo penal pois, neste caso seria absurdo permitir que o ofendido promovesse a ação de reparação contra o responsável civil por conduta de terceira pessoa.⁴⁵⁴

Assim, em havendo sentença penal condenatória, a Lei nº 11.719/08, que inseriu o inciso IV no art. 387 do Código de Processo Penal, estabeleceu que o juiz “fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido”. Iremos nos debruçar na aplicação deste dispositivo no tópico 5.5, mas cumpre destacar desde logo que se trata apenas de um valor *mínimo*, de forma que, acaso a vítima

⁴⁵³ Ibid., p. 407.

⁴⁵⁴ Ibid., p. 408. Ilustra o citado autor: “Com efeito, suponha-se que o empregado de determinada companhia tenha, no exercício de suas funções, dolosamente praticado dano contra o patrimônio de um cliente. Diante disso, o cliente opta por ajuizar ação penal de iniciativa privada imputando ao empregado a prática de crime de dano (art. 163, *caput*, CP, que no caso se procede mediante queixa - art. 167, CP). Sobrevém então sentença penal condenatória transitada em julgado em face do empregado. Poderá o ofendido promover a execução da sentença em face da empresa, responsável civil nos termos do art. 932, inciso III, do Código Civil (responsabilidade do empregador pelos atos do empregado)? Parece-nos claro que não. A responsabilidade especial nos moldes do art. 932, inciso III, do Código Civil deve ser objeto de ação de conhecimento, pois contempla hipótese alheia à responsabilidade pela prática direta do ato ilícito, ensejando cognição própria quanto à sua procedência. Significa dizer que o juiz deverá verificar, em ação cognitiva, o mérito da relação de trabalho, sua existência e seus limites, na medida em que essa forma de responsabilidade não emana diretamente da prática do fato, segundo os critérios gerais da responsabilidade civil. Na hipótese, até mesmo para assegurar o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa ao terceiro em tese civilmente responsável, deverá o ofendido: (1) promover ação de conhecimento contra a empresa empregadora ou (i) promover a execução do título contra o empregado.”. Ibid., p. 408.

entenda necessário e conveniente buscar um valor maior do que o já fixado, poderá pleitear a diferença por meio do procedimento do art. 64 do Código de Processo Penal, a seguir apresentado.

5.5.3 Ação civil *ex delicto*

Já a ação civil *ex delicto* se refere à hipótese do art. 64 do Código de Processo Penal onde, em razão do princípio da independência das instâncias, o ofendido não é obrigado a aguardar o desfecho definitivo da ação penal para intentar a ação civil visando a reparação dos seus danos sofridos. Ou seja, é possível que o ofendido promova a ação civil antes e independentemente da instauração do processo penal, ou mesmo no curso de um processo penal já instaurado pendente de sentença penal condenatória transitada em julgado.⁴⁵⁵

Entretanto, conforme já mencionado no parágrafo único do art. 64 do Código de Processo Penal, é possível que o juízo cível suspenda a ação patrimonial para aguardar o desfecho da ação penal, evitando decisões conflitantes. Parte da doutrina entende que essa suspensão é facultativa e temporalmente limitada pelo período de um ano, nos termos do art. 313, V, a e §§4º e 5º do Código de Processo Civil. Assim entende Rebouças:

Entendendo que as referidas disposições normativas do Código de Processo Civil não se aplicam ao art. 64 do Código de Processo Penal, Lima sustenta que uma parcela da doutrina argumenta que a regra específica do CPC não se aplica à situação descrita pelo art. 64, parágrafo único, do CPP. Este último faz menção direta ao julgamento definitivo da ação penal, o que torna improvável que um processo criminal seja concluído antes de um ano. Dessa forma, se o magistrado da esfera cível identificar que uma eventual absolvição no campo criminal poderá ter efeitos sobre o processo cível, ele deve optar pelo adiamento deste até que a decisão criminal seja irrevogável.⁴⁵⁶

No caso de a ação civil *ex delicto* não ser suspensa, ou na hipótese de, findo o prazo de suspensão, ela encerrar antes da ação penal, aplica-se o disposto no art. 935 do Código Civil, que aduz: “A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal”. Assim, a decisão do juízo cível vincula a

⁴⁵⁵ Ibid., p. 414.

⁴⁵⁶ LIMA, 2020, p. 414

seara penal, que não pode fixar indenização mínima mesmo na hipótese de sentença penal condenatória.⁴⁵⁷

Vamos, agora, passar a analisar as hipóteses em que a absolvição penal gera coisa julgada cível.

Como já vimos, a sentença penal condenatória exerce influência vinculante no que tange à reparação dos danos, em razão do imperativo do art. 91, I do Código Penal, que preconiza que é efeito necessário da condenação tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime. Entretanto, situação mais complexa emerge da sentença de absolvição porque, a depender do fundamento, pode ou não haver a vinculação do juízo cível. Vamos analisar cada uma das hipóteses do art. 386 do Código de Processo Penal, que versa sobre os fundamentos da sentença de absolvição.

Inicialmente, temos as hipóteses de *reconhecimento categórico da inexistência do fato ou da ausência de autoria ou participação do imputado*, constantes do art. 386, I e IV do Código de Processo Penal, respectivamente.⁴⁵⁸ Nesses casos, a decisão penal absolutória sob os referidos fundamentos faz coisa julgada no cível, impedindo a propositura ou o prosseguimento da ação civil destinada à reparação de danos. É o que se extrai, a *contrario sensu*, do art. 66 do Código de Processo Penal, quando afirma “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”.

Dessa forma, temos duas hipóteses: a) no caso de a decisão condenatória definitiva firmar a certeza sobre a existência do fato e da respectiva autoria, haverá coisa julgada na seara cível pela constituição da obrigação de reparar o dano (art. 91, I do CP) e de título certo à execução (art. 515, caput, VI, do CPC); b) na hipótese de decisão penal absolutória definitiva que firme a certeza negativa quanto ao fato (art. 386, I do CPP) ou quanto à respectiva autoria (art. 386, IV, do CPP), haverá coisa julgada cível.⁴⁵⁹

Outro caso em que a coisa julgada criminal influencia diretamente no juízo cível é no caso do *reconhecimento categórico de causa excludente de ilicitude* (estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal, exercício regular do direito, ou outras

⁴⁵⁷ REBOUÇAS, op. cit., p. 414-415.

⁴⁵⁸ Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: I - estar provada a inexistência do fato; (...) IV – **estar provado que o réu não concorreu para a infração penal**; (...) **(grifo nosso)**

⁴⁵⁹ REBOUÇAS, op. cit., p. 416.

causas especiais), constante do art. 386, VI (primeira parte) do Código de Processo penal⁴⁶⁰. É o que preceitua o art. 65 do Código de Processo Penal, quando afirma que: “faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito”, bem como o art. 188, I, do Código Civil, quando diz que não constituem atos ilícitos os “praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido”.⁴⁶¹

Entretanto, ressaltam-se as hipóteses de certas modalidades de legítima defesa e estado de necessidade pois, por ocasionarem efeitos, inclusive na seara penal, possibilitam a formação de coisa julgada cível. É o que acontece, por exemplo, com o estado de necessidade agressivo, ainda que próprio, a legítima defesa e o estado de necessidade de terceiros. É que, nestes casos, apesar de o art. 188, II do Código Civil afirmar que não constituem atos ilícitos “a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente”, o art. 929 do mesmo diploma aduz que “se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188, não forem culpados do perigo, assistir-lhes-á direito à indenização do prejuízo que sofreram”. Além disso, o art. 930 do Código Civil indica que “no caso do inciso II do art. 188, se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este terá o autor do dano ação regressiva para haver a importância que tiver ressarcido ao lesado”. Essa mesma disciplina é aplicada à legítima defesa de terceiros, que resulta da conjugação do art. 188, I e art. 930, parágrafo único, do Código Civil.⁴⁶²

Iremos agora seguir para análise das hipóteses em que a absolvição penal não gera coisa julgada cível.

No caso de *falta de prova da existência do fato ou da autoria* ou de *não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal*, constantes do art. 386, II e V, respectivamente, do Código de Processo Penal⁴⁶³, a coisa julgada na esfera cível não causa reflexos em relação ao que foi decidido na ação penal. Nesses casos, o art. 66 do Código de Processo Penal completa: “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”. É que, além dos requisitos próprios aplicáveis à configuração da responsabilidade

⁴⁶⁰ Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: I - estar provada a inexistência do fato; (...) VI – **existirem circunstâncias que excluam o crime** ou isentem o réu de pena, ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência;. (...) **(grifo nosso)**

⁴⁶¹ REBOUÇAS, op. cit., p. 416.

⁴⁶² Ibid., p. 417.

⁴⁶³ Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: (...) II - não haver prova da existência do fato; (...) V – **não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal**; (...) **(grifo nosso)**

civil, as características e o *standard* probatório da seara penal são mais rigorosos do que o da seara cível, de sorte que a mesma prova pode ser avaliada como insuficiente para a condenação na seara penal, mas suficiente no processo de reparação de danos.

Do mesmo modo, a sentença absolutória baseada na *atipicidade penal*, constante do art. 386, III⁴⁶⁴ ou do art. 397, III⁴⁶⁵ do Código de Processo Penal não interfere responsabilização civil de reparação dos danos. É o que conclui o art. 67, III, do Código de Processo Penal, quando aduz: “Não impedirão igualmente a propositura da ação civil: a sentença absolutória que decidir que o fato imputado não constitui crime”. É que, conforme já apontado, o elemento estrutural objetivo que distingue o ilícito penal do civil é a *tipicidade*, de forma que, mesmo quando esta é excluída, poderá subsistir o ilícito civil, cuja existência será discutida em ação própria. Além disso, é válido lembrar que, diferentemente na seara penal, onde o dolo ou culpa são elementos essenciais para a imputação a responsabilidade civil pode estar configurada sob a modalidade objetiva.⁴⁶⁶

No caso de o fundamento para absolvição estar fundada na *falta de prova suficiente para a condenação (in dubio pro reo)*, enumerado no art. 386, VII do CPP⁴⁶⁷, também não haverá coisa julgada cível da decisão final na esfera penal. Trata-se de questão eminentemente probatória, em que se aplica a orientação geral da independência das esferas quando não há juízo conclusivo e categórico quanto à existência do fato, a autoria ou a ilicitude.⁴⁶⁸

Quando o fundamento da absolvição está pautado na *exclusão da culpabilidade* (erro de proibição inevitável, coação moral irresistível, inexigibilidade de conduta diversa etc.), inscrito no art. 386, VI, primeira parte, do Código de Processo Penal⁴⁶⁹, mesmo que haja juízo categórico sobre a circunstância discriminante, ou ainda na hipótese de fundada dúvida, também será plenamente aplicável a regra geral da independência entre as esferas. Sobre o tema, ensina Rebouças:

No primeiro caso, tem-se que a configuração da responsabilidade civil prescinde de elementos subjetivo-normativos específicos da esfera penal, relacionados ao juízo de

⁴⁶⁴ Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: (...) II - **não haver prova da existência do fato;** (...) **(grifo nosso)**

⁴⁶⁵ Art. 397. Após o cumprimento do disposto no art. 396-A, e parágrafos, deste Código, o juiz deverá absolver sumariamente o acusado quando verificar: (...) III - que o fato narrado evidentemente não constitui crime; (...)

⁴⁶⁶ REBOUÇAS, op. cit., p. 418.

⁴⁶⁷ Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: 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. **(grifo nosso)**

⁴⁶⁸ REBOUÇAS, op. cit., p. 420.

⁴⁶⁹ Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: 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; **(grifo nosso)**

reprovação ou censura social (culpabilidade) necessário à responsabilidade penal, mas não à civil. A absolvição por exclusão da culpabilidade pressupõe a hipotética prática de um fato penalmente típico e ilícito, elementos em tese bastantes à caracterização da responsabilidade civil. Há a possibilidade, portanto, de discussão a esse respeito na esfera extrapenal.

Neste caso, observe-se que a coisa julgada penal da sentença absolutória tem por limite a conclusão negativa quanto ao aperfeiçoamento do elemento jurídico-penal: a culpabilidade. Por essa razão, não cabe tomar a absolvição por ausência de culpabilidade como consolidação positiva da ilicitude do fato para fins de responsabilidade extrapenal. Pode ocorrer até de o juiz criminal abstrair a apreciação sobre a prova do fato, a tipicidade e a ilicitude ao verificar a existência clara de uma causa excludente da culpabilidade. Mesmo que o juízo penal emita pronunciamento sobre a tipicidade e a ilicitude, o elemento integrante da coisa julgada penal é a exclusão da culpabilidade. Assim, questões relacionadas à ilicitude, por exemplo, devem ser apreciadas pelo juízo cível considerando os parâmetros, níveis e limites adequados ao aperfeiçoamento ou não da responsabilidade civil, inclusive levando em conta, para tanto, o aspecto probatório.⁴⁷⁰

Finalmente, existem outras hipóteses além das decisões jurisdicionais penais sem efeito de coisa julgada no âmbito civil, quais sejam, como no caso da decisão de arquivamento do inquérito policial ou das peças de informação, bem como a decisão de extinção da punibilidade, nos termos do art. 67, I e II do CPP⁴⁷¹, respectivamente.

Para finalizar, o art. 68 do CPP afirma que, em sendo o titular do direito à reparação pobre, caberá ao Ministério Público promover a ação civil *ex delicto* ou a ação de execução *ex delicto*. Entretanto, questiona-se que, tal atribuição, desde a CR/88, deve ser afeta à Defensoria Pública quando o acusado não dispuser de advogado constituído. O STF, então, passou a decidir que a referida norma está em inconstitucionalidade progressiva, ou seja, ele continuará a vigor nas comarcas em a Defensoria Pública não estiver efetivamente instalada, cessando sua atribuição, por inconstitucional, após o referido marco.⁴⁷²

⁴⁷⁰ REBOUÇAS, op. cit., p. 420.

⁴⁷¹ Art. 67. Não impedirão igualmente a propositura da ação civil: I - o despacho de arquivamento do inquérito ou das peças de informação; II - a decisão que julgar extinta a punibilidade;

⁴⁷² Sobre o tema, veja o que disse o STF: LEGITIMIDADE - AÇÃO "EX DELICTO" - MINISTÉRIO PÚBLICO - DEFENSORIA PÚBLICA - ARTIGO 68 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - CARTA DA REPÚBLICA DE 1988. A teor do disposto no artigo 134 da Constituição Federal, cabe à Defensoria Pública, instituição essencial à função jurisdicional do Estado, a orientação e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do artigo 5º, LXXIV, da Carta, estando restrita a atuação do Ministério Público, no campo dos interesses sociais e individuais, àqueles indisponíveis (parte final do artigo 127 da Constituição Federal). INCONSTITUCIONALIDADE PROGRESSIVA - VIABILIZAÇÃO DO EXERCÍCIO DE DIREITO ASSEGURADO CONSTITUCIONALMENTE - ASSISTÊNCIA JURÍDICA E JUDICIÁRIA DOS NECESSITADOS - SUBSISTÊNCIA TEMPORÁRIA DA LEGITIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Ao Estado, no que assegurado constitucionalmente certo direito, cumpre viabilizar o respectivo exercício. Enquanto não criada por lei, organizada - e, portanto, preenchidos os cargos próprios, na unidade da Federação - a Defensoria Pública, permanece em vigor o artigo 68 do Código de Processo Penal, estando o Ministério Público legitimado para a ação de ressarcimento nele prevista. (...) BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). RE 135328, Rel. Min. Marco Aurélio, 29 de junho de 1994. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1514025>. Acesso em: 13 out. 2023.

5.5.4 Medidas assecuratórias no processo penal para reparação do dano

Enquanto a ação civil ex delicto e a ação de execução ex delicto visam a recomposição do dano causado pela infração penal, as medidas assecuratórias buscam proteger a efetividade daqueles procedimentos, tendo, portanto, natureza assecuratória.

Entretanto, não só ao interesse patrimonial se dirigem as normas atinentes às medidas cautelares reais, pois haverá casos em que os interesses não poderão ser particularizados, evidenciando a natureza eminentemente pública, como ocorre em relação ao crime de tráfico de drogas, por exemplo, onde o perdimento de quaisquer bens ou valores que constituam proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso deverão ser objeto de perdimento⁴⁷³ (art. 91, II, b, CP)⁴⁷⁴.

O primeiro instrumento é o *sequestro*, uma medida cautelar que poderá recair tanto sobre bens móveis (art. 132 do Código de Processo Penal) como sobre bens imóveis (art. 132 do Código de Processo Penal). Ele tem por objeto os bens adquiridos pelo agente com os proventos da infração, mesmo que lícitos, e ainda que já tenham sido transferidos a terceiros. No caso do sequestro de bens móveis, este só terá vez quando não foi possível proceder à busca e apreensão dos bens, nos moldes do art. 132 do Código de Processo Penal, parte final.

O sequestro tem por finalidade assegurar a reparação do dano (art. 91, I do Código Penal) ou o confisco (art. 91, II do Código Penal).

Em seguida, temos também a *hipoteca legal*, disciplinada no art. 134 do Código de Processo Penal, e que recai sobre os imóveis do indiciado. Ela poderá ser requerida pelo ofendido em qualquer fase do processo, desde que haja certeza da infração e indícios suficientes da autoria.

Diferentemente do sequestro, que, como visto acima, tem uma dupla finalidade, a hipoteca legal e o arresto, são medidas assecuratórias fundadas no interesse privado, que têm por finalidade assegurar a reparação civil do dano causado pelo delito em favor do ofendido e dos seus sucessores.⁴⁷⁵

Daí outra diferença desponta entre o sequestro e a hipoteca legal: ao passo em que o primeiro só seja possível recair sobre aqueles adquiridos pelo agente com os proventos da infração - art. 125 do Código de Processo Penal -, e desde que os bens sejam encontrados ou se

⁴⁷³ OLIVEIRA, 2014, p. 315-316.

⁴⁷⁴ Art. 91 - São efeitos da condenação: (...) II - a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé: (...) b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso.

⁴⁷⁵ LIMA, 2020, p. 1266.

localizem no território nacional, o segundo recai sobre os bens imóveis licitamente adquiridos pelo acusado, com o fito de que o réu não se desfaça desses bens, inviabilizando a reparação do dano causado pelo delito. Por esse motivo, a especialização e o registro da hipoteca legal é ferramenta subsidiária à busca e apreensão e sequestro de bens, visto que a reparação do dano pode ocorrer com a simples restituição do próprio produto direto do crime ou com o valor apurado com o leilão dos bens sequestrados.⁴⁷⁶

Quanto à terceira medida assecuratória, diferentemente da hipoteca e do sequestro, o arresto incide sobre a coisa litigiosa, e não sobre o patrimônio geral do devedor. Existem duas espécies: a) o arresto prévio, previsto no art. 136 do CPP, que é uma medida preparatória para a hipoteca legal, podendo ser revogada em 15 dias, caso a referida medida não seja implementada; b) arresto de bens móveis, quando suscetíveis de penhora, e desde que o acusado não possua bens móveis ou, possuindo-os, sejam insuficientes para a satisfação da responsabilidade civil.⁴⁷⁷

É importantíssimo que não se confundam as referidas medidas cautelares reais, que possuem, entre suas finalidades principais, possibilitar a reparação do dano ao ofendido, com o instituto da fiança que, enquanto medida cautelar pessoal, possui o objetivo predominante de garantir a presença e a participação do imputado no processo, podendo servir também para garantir a regularidade da instrução ou à autoridade da ordem judicial. Nos termos dos arts. 345 a 347 do CPP, no valor da fiança deverá ser abatido os encargos a que o réu é obrigado, se inserindo, então, os valores a título de reparação do dano e multa penal.⁴⁷⁸

5.5.5 A reparação do dano nos Juizados Especiais

O modelo de justiça consensual inaugurado pela Lei 9.099/95 está em perfeita consonância com as fundamentais reivindicações da Vitimologia, pois, muito embora necessite de alguns ajustes, é inegável que estamos diante de um exemplo de texto legislativo que abriu espaço para muitas das afirmações e conclusões vitimológicas modernas. Enaltece a

⁴⁷⁶ Ibid., 2020, p. 1266.

⁴⁷⁷ OLIVEIRA, , 2014, p. 319-320.

⁴⁷⁸ Art. 345. No caso de perda da fiança, o seu valor, deduzidas as custas e mais encargos a que o acusado estiver obrigado, será recolhido ao fundo penitenciário, na forma da lei.

Art. 346. No caso de quebraimento de fiança, feitas as deduções previstas no art. 345 deste Código, o valor restante será recolhido ao fundo penitenciário, na forma da lei.

Art. 347. Não ocorrendo a hipótese do art. 345, o saldo será entregue a quem houver prestado a fiança, depois de deduzidos os encargos a que o réu estiver obrigado.

reparação dos danos, expressão do movimento de redescoberta da vítima, algo que sempre havia ficado em segundo plano no modelo de justiça tradicional.⁴⁷⁹

É irrefutável a contribuição da Lei dos Juizados Especiais com a situação da vítima, proporcionando e estimulando a reparação dos seus danos sofridos, razão pela qual ela é considerada um dos mais emblemáticos postulados da teoria da Vitimologia.⁴⁸⁰

A Lei nº 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais) inovou no sistema processual penal ao trazer a previsão expressa de um importantíssimo instrumento de prestígio aos interesses da vítima, que foi a possibilidade da *composição civil dos danos*, instituto delineado no art. 72 do referido diploma, que diz:

Art. 72. Na audiência preliminar, presente o representante do Ministério Público, o autor do fato e a vítima e, se possível, o responsável civil, acompanhados por seus advogados, o Juiz esclarecerá sobre a possibilidade da composição dos danos e da aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade.

Sobre a Lei dos Juizados Especiais, ensina Oliveira Neto:

Não há dúvida de que houve o desenvolvimento paulatino de técnicas no afã de beneficiar a vítima no processo criminal. A mencionada Lei nº 9.099/95, influenciada por postulados da criminologia, veio promover uma mudança radical na clássica mentalidade exclusivamente repressiva. Deste modo, a punição e, mais ainda, a pena de prisão tornaram-se secundárias ante a existência de outras possibilidades menos gravosas ao acusado e mais satisfatórias à vítima. O novo sistema já não tem a preocupação de atender a vontade punitiva do Estado, cujo símbolo é o cárcere, pois em primeiro lugar está o atendimento preferencial da expectativa da vítima.⁴⁸¹

A composição civil dos danos nos Juizados Especiais Criminais tem o importante objetivo de imprimir uma solução rápida e eficaz na persecução penal de delitos de menor gravidade, aqueles definidos no art. 61 como “as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa”.

Sobre a atenção que o instituto prestou à vítima criminal, refletem Gomes Filho et. al.:

No que concerne à vítima, é a primeira vez, em nosso ordenamento, que a legislação abre tão amplo espaço à sua proteção jurisdicional, inserindo-se no generoso e atualíssimo filão que advoga a revisão de esquemas processuais de modo a dar resposta concreta à maior preocupação com o ofendido.⁴⁸²

⁴⁷⁹ GARCIA-PABLOS DE MOLINA; GOMES, op. cit., p.461.

⁴⁸⁰ OLIVEIRA NETO, op. cit., p. 61.

⁴⁸¹ Ibid., p. 52.

⁴⁸² GOMES FILHO, Antonio Magalhaes; GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES, Luiz Flávio. **Juizados especiais criminais**: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 131.

Foi importante a preocupação do legislador em impor, como primeiro passo do procedimento sumaríssimo, uma tentativa de conciliação, acarretando composição civil entre vítima e autor do fato. O instituto revela a clara intenção do legislador de estimular a resolução do conflito através da autocomposição, com o objetivo de satisfazer aos interesses da vítima penal.⁴⁸³

A análise da possibilidade de *transação penal*⁴⁸⁴ sucede imediatamente à tentativa de composição civil dos danos, e compreende a proposta de aplicação imediata de penas restritivas de direitos ou multa para aqueles investigados que preenchem os requisitos do art. 76, §2º da Lei nº 9.099/95, quais sejam: a) não ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva; b) não ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, por transação penal; c) indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida. Nestes casos, poderá ser oferecida proposta de aplicação imediata das seguintes medidas: prestação pecuniária; perda de bens e valores; limitação de fim de semana; prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas; interdição temporária de direitos; limitação de fim de semana (art. 43 do Código Penal).

A prestação pecuniária consiste, nos termos do art. 45, §1º do Código Penal, no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz, não inferior a 1 (um) salário-mínimo nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários-mínimos. Este valor, nos termos do mesmo dispositivo, deverá ser deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários.

Apesar de parecer intuitivo que a prestação pecuniária destinada a entidade pública ou privada com destinação social só terá vez nos casos em que a vítima não for individualizada, o dispositivo poderia ter deixado essa informação de forma expressa em seu texto, uma vez que o cenário clássico de desatenção às vítimas criminais reclama que não existam lacunas interpretativas em seu desfavor.

⁴⁸³ OLIVEIRA NETO, op. cit., p. 60.

⁴⁸⁴ Adverte Sérgio Rebouças que “a proposta de transação penal não pode ser compreendida como uma etapa automática após a oportunidade da composição dos danos civis. O Ministério Público deve, antes de tudo, verificar a existência concreta das condições da ação penal, sobretudo da justa causa em sentido estrito, isto é, da materialidade e de indícios da autoria de fato em tese constitutivo de infração penal. Em sendo negativa a *opinio delicti*, deverá o órgão do Ministério Público, em vez de formular proposta de transação penal, promover o arquivamento do termo circunstanciado de ocorrência (peça informativa). REBOUÇAS, op. cit., p. 380.

Entretanto, apesar de ser necessário render gratidão ao instituto por, oportunamente, ter considerado os anseios da vítima em sua estrutura normativa, avaliamos que ele poderia ter avançado um pouco mais. É que, conforme é possível observar, a prestação pecuniária é apenas *uma dentre seis possibilidades* legais de aplicação imediata de penas restritivas de direitos. Assim, a legislação possibilitou que o Estado-persecutor, por meio do Ministério Público, transacionasse com o autor do crime, podendo resultar em um acordo que não disponha como cláusula obrigatória a reparação dos danos causados pelo crime, o que se revela extremamente impertinente. Excluir a vítima de uma solução consensual do conflito, a despeito de sequer avaliar a possibilidade concreto do autor do fato fazê-lo, contraria a noção que construímos até aqui de enxergar no ofendido uma pessoa humana digna e titular de direitos fundamentais.

Na prática jurídica, é bastante comum a celebração de transação penal em que a reparação do dano à vítima criminal é esquecida em prol de outras medidas, o que se revela extremamente impróprio, uma vez que não se pode falar em pacificação social do conflito quando os direitos das vítimas não são atendidos, sendo um claro reflexo do período neutralizador já estudado no capítulo 2.2 desta obra.

Outra questão que emerge da transação penal é acerca da possibilidade de sua oferta pela vítima nos casos de ação penal de iniciativa privada. Sobre o assunto, Gomes Filho et. al:

No entanto, a evolução dos estudos sobre a vítima faz com que por parte de muitos se reconheça o interesse desta não apenas à reparação civil, mas também à punição penal. De outro lado, não existem razões ponderáveis para deixar à vítima somente duas alternativas: buscar a punição plena ou a ela renunciar.

É certo que no processo penal tradicional essas são as duas únicas opções que se abrem ao ofendido. Mas é igualmente certo que a introdução da transação penal em nosso ordenamento obriga a repensar diversos assuntos.

A vítima, que viu frustrado o acordo civil do art. 74, quase certamente oferecerá a queixa, se nenhuma outra alternativa lhe for oferecida. Mas, se pode o mais, por que não poderia o menos? Talvez sua satisfação, no âmbito penal se reduza à imposição imediata de uma pena restritiva de direitos ou multa, e não se vêem razões válidas para obstar-se-lhe a via da transação que, se aceita pelo autuado, será mais benéfica também para este.⁴⁸⁵

Em contraponto, o enunciado 112 do Fórum dos Juizados Especiais (FONAJE) dispõe que “na ação penal de iniciativa privada cabe transação penal e a suspensão condicional do processo, mediante proposta do Ministério Público”.

⁴⁸⁵ GOMES FILHO; GRINOVER; FERNANDES; GOMES, op. cit., p. 150. De igual forma entendem Renato Brasileiro de Lima e Sérgio Rebouças. LIMA, , 2020, p. 1569. REBOUÇAS, op. cit., p. 382.

Ocorre que, pacificando o tema, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça (STJ), na Apn 634-RJ⁴⁸⁶, fixou o seguinte entendimento:

(...) II - A jurisprudência dos Tribunais Superiores admite a aplicação da transação penal às ações penais privadas. Nesse caso, a legitimidade para formular a proposta é do ofendido, e o silêncio do querelante não constitui óbice ao prosseguimento da ação penal.

III - Isso porque, a transação penal, quando aplicada nas ações penais privadas, assenta-se nos princípios da disponibilidade e da oportunidade, o que significa que o seu implemento requer o mútuo consentimento das partes. (...) ⁴⁸⁷

O terceiro instituto despenalizar previsto na Lei 9.099/95 foi a *suspensão condicional do processo*, cuja descrição se encontra no art. 89⁴⁸⁸. Também chamado comumente de *sursis processual*, o instituto indica a possibilidade de o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, suspender o processo por dois a quatro anos, nos casos em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano. O pressuposto é que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, bem como a presença dos demais requisitos que autorizam a suspensão da pena (*sursis penal*), previsto no art. 77 do Código Penal⁴⁸⁹.

Aceita a proposta, durante o período de prova o autor do fato deverá se submeter às seguintes condições: a) *reparação do dano*, salvo impossibilidade de fazê-lo; b) proibição de frequentar determinados lugares; c) proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz; d) comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades. Resta evidente a preocupação do legislador em incentivar a reparação do dano ao vincular alguns benefícios à sua efetivação.⁴⁹⁰

⁴⁸⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). **Apn 634/RJ**. Rel. Min. Felix Fischer, 21 de março de 2012. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/21606555/inteiro-teor-21606556>. Acesso em: 13 out. 2023.

⁴⁸⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). **Apn 634/RJ**. Rel. Min. Felix Fischer, 21 de março de 2012. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/21606555/inteiro-teor-21606556>. Acesso em: 13 out. 2023.

⁴⁸⁸ 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).

⁴⁸⁹ Art. 77 - A execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, poderá ser suspensa, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que: I - o condenado não seja reincidente em crime doloso; II - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício; III - Não seja indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44 deste Código.

⁴⁹⁰ OLIVEIRA NETO, op. cit., p. 61.

Da mesma forma que na transação penal, a doutrina dominante e a jurisprudência têm entendido pela possibilidade de proposta nos crimes de ação penal privada, tendo como legitimado ativo o querelado.⁴⁹¹

Noutro giro, também chamada de *sursis penal*, a suspensão condicional da pena é um instituto de política criminal que possibilita a execução mitigada da pena privativa de liberdade onde o condenado cumpre a pena que lhe foi imposta, mas de forma menos gravosa, possuindo natureza jurídica concomitante de benefício penal e modalidade de satisfação de pena.⁴⁹²

Está disciplinado no art. 77 do Código Penal, possibilitando a execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 anos, pelo prazo de 2 a 4 anos, desde que: a) o condenado não seja reincidente em crime doloso; b) a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício; c) não seja indicada ou cabível a substituição por penas restritivas de direitos.

Como é possível perceber, não há qualquer vestígio de preocupação com a reparação do dano à vítima criminal para que o agente possa ser beneficiado com o *sursis penal*, o que acaba por refletir mais uma hipótese de desinteresse da persecução penal com os direitos da vítima penal. A reparação do dano à vítima do crime, mesmo quando haja possibilidade de o autor realizá-la, não foi prevista como condição para a obtenção do referido benefício, em um esquecimento que frustrou os interesses da vítima penal.

5.5.6 A prestação pecuniária nas penas restritivas de direitos

As penas restritivas de direitos, também denominadas "penas alternativas", têm como finalidade evitar a imposição desnecessária da pena privativa de liberdade em situações

⁴⁹¹ Sobre o tema, confira-se: HABEAS CORPUS. CRIME DE DANO. AÇÃO PENAL PRIVADA. ARTIGO 89 DA LEI 9.099/95. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. CABIMENTO. RÉU QUE RESPONDE A OUTROS PROCESSOS. VEDAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA POR SE TRATAR DE BENEFÍCIO LEGAL. ORDEM DENEGADA. 1. A jurisprudência desta Corte Federal Superior é firme no sentido de que cabe o *sursis processual* também para os crimes de ação penal privada. 2. Tratando-se de benefício legal, pode a lei, ela mesma, estabelecer requisitos para a concessão da suspensão condicional do processo, não importando, pois, qualquer violação do princípio constitucional da presunção de inocência, a exigência de não estar o réu respondendo a outro processo (Precedentes). 3. Ordem denegada." BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 18590/MG**. Rel. Min. Hamilton Carvalhido, 25 de fevereiro 2002. Disponível em: [javascript:inteiro_teor\(/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201201089490&dt_publicacao=20/12/2022%27\)](https://www.stj.jus.br/portal/consulta.do?secao=publicacoes&dt_publicacao=20/12/2022%27). Acesso em: 13 out. 2023.

⁴⁹² MASSON, Cleber. **Direito Penal**: parte geral. 14. ed. Rio de Janeiro: Fontese; São Paulo, Método, 2020, p. 676.

expressamente definidas pela lei. Isso se aplica a indivíduos que possuam condições pessoais favoráveis e que estejam envolvidos na prática de infrações penais de menor gravidade. O objetivo principal é evitar o recurso à pena privativa de liberdade, a qual é reservada exclusivamente para circunstâncias excepcionais, optando-se, em seu lugar, pela restrição de um ou mais direitos do condenado.⁴⁹³

Atualmente, há uma discussão em torno do enfraquecimento da eficácia da pena de prisão, que é atribuído a diversos fatores, notadamente seu potencial criminológico. A privação da liberdade, em vez de combater a prática de crimes, muitas vezes a incentiva. Além disso, essa forma de punição não proporciona benefícios significativos ao condenado, podendo, ao contrário, abrir espaço para o desenvolvimento de vícios e a deterioração moral.⁴⁹⁴

A reparação do dano está prevista como uma das hipóteses de sanção penal alternativa no art. 43 do Código Penal⁴⁹⁵, mas de forma apenas facultativa, ou seja, é possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ausente a reparação do dano, sem que sequer seja perquirido sobre a impossibilidade de o autor fazê-lo. Entretanto, o art. 5º, III da Resolução 253/18 do CNJ exige que a pena de prestação pecuniária seja destinada prioritariamente à vítima criminal⁴⁹⁶.

5.5.7 Acordo de não persecução penal

Uma grande novidade trazida pela Lei nº 13.964/19 (Lei Anticrime) foi a possibilidade de o Ministério Público celebrar acordo de não persecução penal (ANPP) com o investigado. Na verdade, essa foi a primeira vez que o instituto foi expressamente previsto por meio de lei em sentido estrito, porém o ANPP já estava presente em nosso ordenamento jurídico desde 2017 por meio da Resolução nº 181 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), que foi alterada logo em seguida pela Resolução nº 183/18.

A eficácia do acordo de não persecução penal será condicionada pela satisfação das expectativas e requisitos de todos os stakeholders envolvidos: o infrator, a vítima, o Estado e a comunidade. Um acordo só será considerado bem-sucedido e duradouro se cada parte

⁴⁹³ Ibid., p. 617.

⁴⁹⁴ Ibid., p. 617.

⁴⁹⁵ Art. 43. As penas restritivas de direitos são: I - prestação pecuniária; II - perda de bens e valores; III - limitação de fim de semana; IV - prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas; V - interdição temporária de direitos; VI - limitação de fim de semana.

⁴⁹⁶ Art. 5º No curso dos processos de apuração de crimes e atos infracionais e de execução de penas e medidas socioeducativas, as autoridades judiciais deverão: (...) III - destinar prioritariamente as receitas relativas à prestação pecuniária para reparação dos danos aproveitados pela vítima e pessoas referidas no § 2º do artigo 12 da presente Resolução;

interessada sentir que suas necessidades e interesses foram devidamente considerados e atendidos. Por um lado, é crucial que o infrator tenha plena consciência do prejuízo que causou e esteja disposto a tomar medidas reparadoras. Por outro lado, é imprescindível que a vítima seja tratada com dignidade, que seu sofrimento seja reconhecido e que os danos a ela infligidos sejam integralmente reparados. Finalmente, não se deve subestimar a importância da comunidade no processo. Se ela perceber que o sistema de justiça está agindo de maneira rápida e eficiente por meio deste mecanismo consensual, sua confiança no sistema legal será reforçada.⁴⁹⁷

Sobre o ANPP, ensina Vladimir Aras:

Essencialmente, o acordo de não persecução criminal é um arquivamento condicionado ao cumprimento de obrigações não penais (de fazer, de não fazer ou de dar). Por isso, dialoga com o art. 28 do CPP, que regula o arquivamento de investigações criminais pelas razões que o Ministério Público invocar. Entre tais razões está, por exemplo, a falta de interesse de agir que, no contexto dos acordos de não persecução, resulta da suficiência da solução empregada no caso concreto, mediante ajuste. Uma vez cumprido o acordado, a persecução penal torna-se desnecessária porque o melhor resultado alcançável, na perspectiva do investigado, do Ministério Público e da vítima, será ou já terá sido obtido mediante consenso, sendo inútil movimentar a pesada máquina jurisdicional para o mesmo fim.⁴⁹⁸

Trata-se de mais um mecanismo de justiça penal consensual que vem a somar a institutos já conhecidos como transação penal, suspensão condicional do processo, suspensão condicional da pena, colaboração premiada, entre outros.

O sistema brasileiro tem encampado a consensualidade no direito penal, que pode redundar na redução das sanções ou, no extremo, na própria concessão do perdão. Essa consensualidade, em qualquer caso, sempre estará condicionada à apreciação judicial.

Este instituto acaba por mitigar nitidamente o princípio da obrigatoriedade da ação penal, o qual estabelece que, estando presentes os requisitos e as condições legais, o Ministério Público está obrigado a promover a competente ação penal contra o agente infrator, não existindo margem de conveniência e oportunidade na sua atuação.

Dentre as medidas que podem ser aplicadas no acordo, estão: a) reparação do dano à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo; b) renúncia voluntária a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; c) prestação de

⁴⁹⁷ PAULA; Anna Bárbara Fernandes de. **Acordo de não persecução penal efetivo – aspectos práticos na contemplação das necessidades das vítimas**. In: RIBEIRO; Carlos Vinícius de Andrade; FELIX, Juliana Nunes; SOUZA, Marcelo Weitzel Rabello de. (org.). Os direitos das vítimas: reflexões e perspectivas. Brasília, ESMPU, 2023, p. 155.

⁴⁹⁸ CAVALCANTE, André Clarck Nunes; LIMA, Antônio Edilberto Oliveira; PINHEIRO, Igor Pereira; VACCARO, Luciano; ARAS, Vladimir. **Lei Anticrime comentada**. Leme: JH Mizuno, 2020, p. 180.

serviços à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de 1/3 a 2/3, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Código Penal; d) pagamento de prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 Código Penal, a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; e) cumprimento, por prazo determinado, de outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.

Tal como já havia ocorrido quando da disciplina da transação penal, a reparação do dano foi prevista como uma das cláusulas do acordo. Entretanto, trata-se de *uma dentre tantas outras possibilidades*, e que não foi inserida de forma obrigatória, de forma que é plenamente possível, segundo a lei, a celebração de ANPP sem reparação do dano à vítima, mesmo nos casos em que o autor do crime tenha possibilidade de fazê-lo.

Mais uma vez reforçamos, com fundamento teórico em toda construção que já foi exposta: é ultrajante conceder ao Estado-persecutor a possibilidade de celebrar acordos que excluam as necessidades primárias da vítima penal.

5.5.8 Reparação do dano ao erário público

Em se tratando de crimes praticados contra a administração pública, que não contam com sujeito passivo individualizado, uma vez que são crimes vagos, diversas vezes a reparação do dano é lembrada na legislação. É o exemplo do peculato culposo, onde o funcionário público concorre culposamente para o crime de outrem. Nesta hipótese, segundo o art. 312, §3º do CP: “a reparação do dano, se precede à sentença irrecorrível, extingue a punibilidade; se lhe é posterior, reduz de metade a pena imposta”.

No caso dos crimes de natureza essencialmente tributários e previdenciários, constantes da Lei 8.137/90, a Lei 9.249/05 dispôs em seu art. 34 que o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia extingue a punibilidade.

Além disso, no caso dos crimes do art. 168-A (apropriação indébita previdenciária), se o agente for primário e possuir bons antecedentes, é possível o perdão judicial ou a aplicação apenas da pena de multa no caso do pagamento da contribuição social previdenciária, inclusive os acessórios, após o início da ação fiscal e antes do oferecimento da denúncia (art. 168-A, §3º, I do CP). Além disso, a mesma medida pode ser adotada caso o valor

das contribuições devidas, inclusive acessórios, seja igual ou inferior àquele estabelecido pela previdência social, administrativamente, como sendo o mínimo para o ajuizamento de suas execuções fiscais (art. 168-A, §3º, II do CP).

Da mesma forma, no crime do art. 337-A do CP (sonegação de contribuição previdenciária), “É extinta a punibilidade se o agente, espontaneamente, declara e confessa as contribuições, importâncias ou valores e presta as informações devidas à previdência social, na forma definida em lei ou regulamento, antes do início da ação fiscal” (art. 337-A, §1º, CP). Ademais, o art. 337-A, §2º, II CP repetiu a mesma previsão supramencionada do art. 168-A, §3º, II do CP.

5.5.9 Reparação do dano à vítima no Código Penal

Na teoria do crime, dois institutos penais trouxeram a previsão expressa da reparação do dano enquanto condicionantes para a obtenção de benefícios penais. O primeiro deles foi o *arrepentimento posterior*, previsto no art. 116 do CP, que dispõe: “Nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou da queixa, por ato voluntário do agente, a pena será reduzida de um a dois terços”.

Tem natureza jurídica de causa de diminuição de pena e alcança qualquer crime que com ele seja compatível, independentemente de se tratar de crime contra patrimônio, desde que apresentem efeitos de índole patrimonial. Incluem-se no conteúdo da reparação também os danos morais sofridos pela vítima.⁴⁹⁹

O fundamento subjacente reside em uma decisão de política criminal que visa beneficiar tanto a vítima do delito quanto o sujeito responsável. Essa decisão não se baseia apenas em arrependimento moral ou emocional, mas sim em uma abordagem objetiva centrada na reparação dos danos ou na restituição da coisa. Essa reparação deve ser completa, ou seja, abrange tanto a reparação direta à vítima (na forma de indenização) quanto a devolução do objeto subtraído. Essas ações podem ser alternativas (uma ou outra) ou complementares (parte da coisa pode ser devolvida, e o restante indenizado), mas devem ser totais e plenas de acordo

⁴⁹⁹ MASSON, op. cit., p. 305-306. Sobre o tema, confira-se o que diz o STJ: “O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento de que, para que seja possível aplicar a causa de diminuição de pena prevista no art. 16 do Código Penal, faz-se necessário que o crime praticado seja patrimonial ou possua efeitos patrimoniais”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma). **REsp: 1561276 BA**. Rel. Min Sebastião Reis Júnior, 18 de junho de 2016. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=61216006&num_registro=201501861681&data=20160915&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 13 out. 2023.

com o artigo 16 do Código Penal.⁵⁰⁰ Em que pese a lei exigir a reparação integral, o STF já chegou a admitir a aplicação do arrependimento posterior mediante reparação parcial do dano.⁵⁰¹

Ramos defende a aplicação do arrependimento posterior ainda nos casos de crimes violentos. Segundo a autora, a reparação desempenha um papel fundamental ao reduzir o prejuízo material e emocional da pessoa diretamente afetada pela conduta condenável. Ela deve ser vista como um meio de diminuir a severidade da pena, mesmo em casos de crimes violentos. O sistema penal deve incentivar comportamentos pós-delituais racionais e éticos por parte dos infratores, representando um primeiro passo em direção à ressocialização, que é a finalidade mais ambiciosa e desafiadora da punição criminal (função preventiva especial positiva). O infrator que age de forma "responsável" e busca voluntariamente compensar a injustiça penal deve receber um tratamento diferenciado pelo sistema criminal, com uma redução na intensidade de sua pena. A reparação traz consigo um efeito positivo de integração, promovendo a ressocialização e, como resultado colateral, reduzindo a necessidade de punição no caso concreto. Nessas situações, mesmo quando o delito já foi consumado, a responsabilidade deve ser mitigada por razões de política criminal, valorizando-se a postura subsequente do autor do delito, que assume sua responsabilidade e concentra seus esforços na reparação do dano causado.⁵⁰²

Além disso, a reparação do dano foi prevista como circunstância atenuante genérica no art. 65, III, b do CP, que afirma ser circunstância que atenua a pena “ter o agente procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as consequências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano”.

Trata-se de um instrumento de política criminal que busca estimular o acusado a reparar o dano provocado à vítima mediante diminuição de sua pena. Deve o arrependimento ocorrer *logo após* o crime ou seja, o espaço de tempo não pode ser muito longínquo, e mediante sua *espontânea vontade*, logo, não pode ser compelido. Neste caso, a doutrina majoritária também se exige que a reparação se dê de forma integral.⁵⁰³

Temos ainda mais uma hipótese de reparação de danos que, diferentemente das supramencionadas, não deriva do Código Penal, mas da jurisprudência do STF. Trata-se do

⁵⁰⁰ RAMOS, 2020, p. 155.

⁵⁰¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). **HC: 98658 PR**. Rel. Min. Carmen Lúcia, 9 de novembro de 2010. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2670803>. Acesso em: 13 out. 2023.

⁵⁰² RAMOS, 2020, p. 168.

⁵⁰³ MASSON, op. cit., p. 606.

crime de estelionato (art. 171 do CP), em que, segundo a Súmula 554 da corte suprema, “O pagamento de cheque emitido sem provisão de fundos, após o recebimento da denúncia, não obsta ao prosseguimento da ação penal”. A *contrario sensu*, então temos que, caso o autor do fato efetue o pagamento à vítima, reparando o dano causado, até o recebimento da denúncia, a punibilidade estará extinta.

5.3.10 Reparação do dano nas demais legislações penais extravagantes

Inúmeras são as disposições sobre reparação do dano na legislação penal extravagante. Em primeiro lugar, a Lei 9613/98, que disciplina a lavagem de capitais dispõe, no seu art. 4º, §4º, que “Poderão ser decretadas medidas assecuratórias sobre bens, direitos ou valores para reparação do dano decorrente da infração penal antecedente ou da prevista nesta Lei ou para pagamento de prestação pecuniária, multa e custas”.

Já a Lei 9.605/98 condicionou diversos benefícios penais e processuais à reparação do dano causado ao meio ambiente. Não termos, em muitos casos, vítimas individualizáveis, pois o bem juridicamente protegido tem natureza essencialmente difusa. Avaliamos que houve um grande avanço legislativo na tutela ao meio ambiente, especialmente mediante a previsão de instrumentos específicos visando o retorno ao *status a quo ante* dos bens ambientais.

Nesse contexto, foi previsto no art. 4º que, sempre que a personalidade da pessoa jurídica for um obstáculo à reparação do dano, será possível promover a sua desconsideração. Além disso, o art. 12 traz uma previsão de prestação pecuniária enquanto pena restritiva de direitos especial em relação ao Código Penal, dispondo que esta “consiste no pagamento em dinheiro à vítima ou à entidade pública ou privada com fim social, de importância, fixada pelo juiz, não inferior a um salário-mínimo nem superior a trezentos e sessenta salários-mínimos”, valor que, caso haja indenização na esfera cível, deverá ser abatido.

Tal como o art. 387, IV do CPP, o art. 20 da Lei 9.605/98 prevê que a “sentença penal condenatória, sempre que possível, fixará o valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido ou pelo meio ambiente”. Por fim, o art. 27 da referida lei condiciona a transação penal à prévia composição do dano ambiental, bem como, no art. 28, I, afirma que a suspensão condicional do processo depende, para que seja declarada a extinção da punibilidade do fato, de laudo de constatação de reparação do dano ambiental.

Na Lei 9.503/95, que contempla o Código de Trânsito Brasileiro (CTB), já no ano de 1995 havia avançado com a previsão, no seu art. 297, da *multa reparatória*, que “consiste

no pagamento, mediante depósito judicial em favor da vítima, ou seus sucessores, de quantia calculada com base no disposto no § 1º do art. 49 do Código Penal, sempre que houver prejuízo material resultante do crime”. A multa reparatória, aplicada na sentença condenatória em ação penal por crime de lesão corporal ou homicídio na direção de veículo automotor, tratou de uma forma de diminuir a verdadeira *via crucis* que a vítima tem que seguir para obter a indenização pelos danos sofridos.⁵⁰⁴

Muito embora atualmente careça de utilidade prática, uma vez que, desde a edição da Lei 11.719 em 2008, o art. 387, IV do CPP já traga a previsão expressa da fixação de indenização mínima a título de reparação dos danos à vítima, o CTB teve o mérito de enxergar as necessidades da vítima criminais mais do que dez anos antes da referida alteração no diploma adjetivo penal.

5.6 Parâmetros e restrições da reparação mínima do art. 387, IV do CPP

Importante inovação trazida pela Lei nº 11.719/08 foi a previsão, no art. 387, IV do CPP, sobre o dever de o juiz, ao proferir sentença penal condenatória, destinar um capítulo especificamente para tratar sobre a reparação dos danos à vítima criminal. A possibilidade de fixação na própria sentença penal condenatória da reparação do dano representou um inegável avanço na tutela dos direitos das vítimas criminais que, a partir de então, passaram a ter seus interesses reparatórios privilegiados no campo normativo em razão de uma atenção especial dos sujeitos processuais a esse importante aspecto do conflito criminal.

Isso porque a necessidade de o juiz fixar na sentença condenatória penal a reparação dos danos sofridos pelo ofendido gera, como consectário lógico, a necessidade de os atores processuais observarem, ao longo de todos os passos da persecução penal, as necessidades da vítima. Para o exercício do encargo de fixar da indenização mínima à título de reparação seja exercido na sentença, espera-se que os atores da persecução penal, especialmente a Polícia Civil e o Ministério Público, amplifiquem esforços para que essa questão seja um dos temas centrais do conflito criminal, bem como o Poder Judiciário analise criteriosamente para definir a existência do direito e a consequente quantificação.

Entretanto, em que pese a preocupação que a novidade legislativa inserida pela Lei nº 11.719/08 imprimiu à necessidade de reparação dos danos à vítima criminal, o dispositivo é extremamente vago e impreciso, falhando por não adotar a melhor técnica legislativa por não

⁵⁰⁴ PORTOCARRERO, Claudia Barros; FERREIRA, Wilson Luiz Palermo. **Leis Penais Extravagantes**: teoria, jurisprudência e questões controvertidas. 5. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2020, p. 1300.

trazer um procedimento específico e os respectivos critérios para a sua implementação. Assim, coube à doutrina e aos tribunais interpretar os principais contornos da mudança legislativa, conforme veremos a seguir.

Em primeiro lugar, o art. 387, IV do CPP faz mera menção à “reparação do dano”, sem trazer maiores detalhes sobre qual a amplitude do dano a ser reparado.

A noção de dano é elemento ou requisito essencial na etiologia da responsabilidade civil, de onde emergem duas espécies: o dano patrimonial e o dano moral.

O dano patrimonial pode ser entendido a partir de duas vertentes: a) o dano emergente, que é o mais facilmente avaliável, se traduz numa diminuição de patrimônio, ou seja, o que a vítima efetivamente perdeu; e o b) lucro cessante, consistente no que razoavelmente a vítima deixou de lucrar, devendo ser considerado devendo ser considerado o que a vítima teria recebido se não tivesse ocorrido o dano.⁵⁰⁵

Não existem dúvidas que a reparação do dano deve incluir os danos patrimoniais que a vítima sofreu em razão do crime, pois se trata de uma interpretação básica e intuitiva do art. 387, IV do CPP. Entretanto, no que se refere ao dano moral, iniciou-se uma discussão acerca da sua inclusão no âmbito do referido dispositivo legal que ficou a cargo da doutrina e da jurisprudência solucionar

A esse respeito, o STJ consolidou a sua jurisprudência no sentido de que a reparação de danos constante do art. 387, IV do CPP abrange, além dos danos patrimoniais, os danos morais (REsp n. 1.675.874/MS⁵⁰⁶; AgRg no REsp n. 2.029.732/MS⁵⁰⁷; AgRg no AREsp n. 2.068.756/TO⁵⁰⁸).

Inexiste um conceito legal que o defina o dano moral, papel que ficou ao encargo da doutrina e da jurisprudência. Nesse sentido, Venosa afirma que o dano moral é o prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima, tendo sua atuação aborda dentro dos direitos da personalidade. A rigor, o dano moral, a partir de sua essência imaterial, não

⁵⁰⁵ VENOSA, op. cit., p. 415.

⁵⁰⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Seção). **REsp n. 1.675.874/MS**. Min. Rogério Schietti, 28 de fevereiro de 2018. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=77414800&num_registro=201701403043&data=20171024&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 13 out. 2023.

⁵⁰⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quinta Turma). **AgRg no REsp n. 2.029.732/MS**. Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, julgado em 22 de agosto de 2023. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/elettronico/documento/mediado/?documento_tipo=5&documento_sequencial=205096802®istro_numero=202203066975&peticao_numero=202300378784&publicacao_data=20230825&formato=PDF. Acesso em: 13 out. 2023.

⁵⁰⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quinta Turma). **AgRg no AREsp n. 2.068.756/TO**. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/elettronico/documento/mediado/?documento_tipo=5&documento_sequencial=171422457®istro_numero=202200436330&peticao_numero=202200813766&publicacao_data=20221128&formato=PDF. Acesso em: 13 out. 2023.

patrimonial, é irreparável, insusceptível de avaliação pecuniária porque incomensurável. A condenação pecuniária é mero paliativo para a dor, funcionando mais como uma satisfação do que uma reparação, além de existir também cunho punitivo marcante nessa modalidade de indenização, mas que não constitui o aspecto mais importante da indenização, embora seja altamente relevante.⁵⁰⁹

A doutrina afirma, majoritariamente, que o dano moral não tem qualquer relação com o sentimento de dor, mágoa ou sofrimento da vítima ou de seus familiares, que são sensações de ordem meramente subjetivas, sentimentos e vivências que são pessoais e intransferíveis. Nesse sentido, equiparar o dano moral ao desprazer, raiva e rancor acaba também por deslegitimar a pretensão da reparação por dano moral de pessoas que não tem o necessário discernimento de expressar tais manifestações, como nascituro, crianças, pessoas com transtorno mentais e em situação de inconsciência.⁵¹⁰

Com esse entendimento, foi editado o Enunciado nº 444 do Conselho de Justiça Federal, emitido na V Jornada de Direito Civil: “O dano moral indenizável não pressupõe necessariamente a verificação de sentimentos humanos desagradáveis como dor ou sofrimento”.

Na busca por conferir um sentido ao dano moral, alguns doutrinadores aproximam seu conceito à uma ofensa à dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, Venosa entende que “dano moral consiste em lesão ao patrimônio psíquico ou ideal da pessoa, à sua dignidade enfim, que se traduz nos modernos direitos da personalidade”.⁵¹¹ Representando parcela doutrinária que vai além dessa mera aproximação, Chaves e Rosenthal, entendem que resumir o dano moral à sedutora noção de ofensa à dignidade da pessoa humana poderá redundar numa fórmula abstrata e genérica, que não oferece segurança e estabilidade jurídica, servindo como uma “figura retórica”, capaz de justificar qualquer pretensão de reparação pelo dano extrapatrimonial.⁵¹² Para os autores, o dano moral, para além de uma ofensa à dignidade da pessoa humana, também representa a lesão a um interesse existencial concretamente merecedor de tutela.⁵¹³

O STJ, todavia, tem adotado em seus julgados a aproximação conceitual entre dano moral e ofensa à dignidade da pessoa humana:

⁵⁰⁹ Ibid., p. 418-419.

⁵¹⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de.; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Curso de Direito Civil: responsabilidade civil**. 4. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2017, p. 297

⁵¹¹ VENOSA, op. cit., p. 691.

⁵¹² FARIAS; ROSENVALD; BRAGA NETTO, op. cit., p. 299-300.

⁵¹³ Ibid., p. 301.

Sempre que demonstrada a ocorrência de ofensa injusta à dignidade da pessoa humana, dispensa-se a comprovação de dor e sofrimento para configuração de dano moral. Segundo doutrina e jurisprudência do STJ, onde se vislumbra a violação de um direito fundamental, assim eleito pela CF, também se alcançará, por consequência, uma inevitável violação da dignidade do ser humano. A compensação nesse caso independe da demonstração da dor, traduzindo-se, pois, em consequência *in re ipsa*, intrínseca à própria conduta que injustamente atinja a dignidade do ser humano. Aliás, cumpre ressaltar que essas sensações (dor e sofrimento), que costumeiramente estão atreladas à experiência das vítimas de danos morais, não se traduzem no próprio dano, mas têm nele sua causa direta.⁵¹⁴

Entretanto, a doutrina e a jurisprudência também têm aplicado restrições à busca desenfreada de reparação moral à toda e qualquer espécie de ofensa, fazendo uma dissociação entre o dano que, efetivamente, acarreta prejuízo de ordem moral, àqueles que causam tão apenas um “mero aborrecimento” ou “mero dissabor”. Chaves e Rosenvald ensinam:

Não é também qualquer dissabor comezinho da vida que pode acarretar a indenização. Aqui, também é importante o critério objetivo do homem médio, o *bonus pater familias*: não se levará em conta o psiquismo do homem excessivamente sensível, que se aborrece com fatos diurnos da vida, nem o homem de pouca ou nenhuma sensibilidade, capaz de resistir sempre às rudezas do destino. Nesse campo, não há fórmulas seguras para auxiliar o juiz. Cabe ao magistrado sentir em cada caso o pulsar da sociedade que o cerca. O sofrimento como contraposição reflexa da alegria é uma constante do comportamento humano universal.⁵¹⁵

A evidência do dano moral, devido à sua natureza intangível, requer uma abordagem probatória distinta daquela aplicada ao dano material. Enquanto o último é frequentemente estabelecido através de testemunhos ou perícias técnicas, no primeiro é inviável tais espécies de comprovação direta. A motivação para a indenização moral fundamenta-se na própria ilicitude do ato e deve também considerar o contexto socioeconômico das partes envolvidas para estabelecer um valor indenizatório adequado. Este valor deve ser econômica e socialmente significativo tanto para o ofensor quanto para a vítima, evitando ser visto como meramente simbólico ou excessivamente punitivo.⁵¹⁶

É pertinente observar que uma das críticas históricas à ideia de indenização por dano moral residia na complexidade de sua quantificação. No entanto, a dificuldade inerente em arbitrar o montante de indenização, seja qual for a natureza do dano, não deve servir como justificativa para negar o direito à reparação.⁵¹⁷

⁵¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). **Resp 1.292.141-SP**. Rel. Min. Nancy Andrigui. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=26121824&num_registro=201102652643&data=20121212&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 13 out. 2023.

⁵¹⁵ FARIAS; ROSENVALD; BRAGA NETTO, op. cit., p. 418.

⁵¹⁶ Ibid., p. 420.

⁵¹⁷ Ibid., p. 420.

A despeito de apenas uma parcela dos crimes em nosso ordenamento jurídico importar em danos patrimoniais, é muito comum, ainda que em diferentes graus, que o processo de vitimização acarrete violação à dignidade e aos seus direitos da personalidade. Subtrair a possibilidade de reparação de danos morais no espectro do art. 387, IV do CPP seria ignorar que, em muitas hipóteses, o principal dano causado pelo crime tem cunho psicológico e emocional. Tampouco seria razoável impor à vítima que adotasse o procedimento da ação civil *ex delicto* para resolver a questão do dano moral, pois esvaziaria a utilizada prática que levou a Lei nº 11.719/08 a trazer a previsão do art. 387, IV do CPP.

Outro questionamento que surge deriva de natureza essencialmente processual se trata sobre a possibilidade de fixação de reparação dos danos na sentença sem que essa questão tenha sido expressamente requerida na exordial acusatória.

A doutrina majoritária tem se direcionado no sentido da impossibilidade da decretação de ofício da reparação dos danos quando inexistente pedido expresso na inicial. Trata-se de questão de cunho patrimonial, cujos interesses têm natureza privada e disponível, não configurando uma questão de ordem pública que possa ser adotada de ofício pelo órgão jurisdicional. Além disso, a formulação de pedido sobre a questão indenizatória na inicial possibilita que o réu possa se defender especificamente quanto a este ponto, privilegiando os princípios constitucionais da ampla defesa, contraditório e devido processo legal. E, ainda que tal pretensão não seja objeto de decisão pelo juízo criminal, não se pode afirmar que a vítima será privada da possibilidade de reparação, uma vez que o art. 91, I do CP torna o autor do crime responsável pela reparação, que, acaso não decidida no juízo criminal, poderá ser liquidada no juízo cível de acordo com o procedimento da *ação civil ex delicto*.⁵¹⁸ Por todos, cumpre destacar o entendimento de Sérgio Rebouças:

Nesse sentido, o órgão judiciário só poderá fixar valor mínimo a título de reparação do prejuízo causado pelo crime se houver pedido expresso do acusador ou do interessado, de modo que essa questão específica seja objeto da demanda e, portanto, da disputa processual em contraditório.

Com efeito: (a) o órgão judiciário só pode apreciar e decidir nos limites da causa de pedir veiculada na inicial e em eventual aditamento, não podendo proferir decisão além do pedido formulado pelo autor; (b) o acusado não pode ser surpreendido pela fixação judicial de valor mínimo de indenização, se não teve a oportunidade de exercer o contraditório, inclusive pela produção de provas, quanto a pedido que nesse sentido haja sido formulado pelo acusador ou pelo interessado.⁵¹⁹

⁵¹⁸ ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Manual de Processo Penal**. 2. ed., São Paulo: Ed. Juspodivm, 2022, p. 489-490.

⁵¹⁹ REBOUÇAS, op. cit., 409.

Também foi nesse sentido que se consolidou a jurisprudência do STJ, que também afirma ser desnecessário que o dano seja quantificado na inicial, sendo suficiente que haja pedido expresso, ainda que de forma genérica (REsp n. 1.675.874/MS⁵²⁰; AgRg no REsp n. 2.029.732/MS⁵²¹; AgRg no AREsp n. 2.068.756/TO⁵²²).

O STJ tem entendido ainda, especificamente em relação ao dano moral, que é desnecessária instrução probatória específica, bastando que haja pedido expresso na denúncia, o que já atenderia adequadamente aos princípios da ampla defesa e do contraditório. Afirmou a corte cidadã:

2.3. A mens legis, taxativamente, não é a estipulação do valor integral da recomposição patrimonial, mas, isto sim, a restauração parcial do status quo por indenização mínima, na medida do prejuízo evidenciado na instrução da ação penal. Despiciendo o aprofundamento específico da instrução probatória acerca dos danos, característico do processo civil. A existência do dano moral ipso facto é satisfatoriamente debatida ao longo do processo, já que o réu se defende dos fatos imputados na denúncia, porventura ensejadores de manifesta indenização, justamente para que não acarrete postergação do processo criminal. Assim, é possível a fixação de um mínimo indenizatório a título de dano moral, sem a necessidade de instrução probatória específica para fins de sua constatação (existência do dano e sua dimensão).

3. Passa-se, assim, a adotar o posicionamento da Sexta Turma desta Corte, que não exige instrução probatória acerca do dano psíquico, do grau de sofrimento da vítima, nos termos do art. 387, IV, do CPP, bastando que conste o pedido expresso na inicial acusatória, garantia bastante ao exercício do contraditório e da ampla defesa.

(STJ. AgRg no REsp n. 2.029.732/MS, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 22/8/2023, DJe de 25/8/2023.)

Entretanto, cumpre salientar que os julgados do STJ que dispensam a produção probatória específica se referem especificamente aos danos morais, não se cogitando o arbitramento dos danos materiais quando ausente instrução sobre essa questão. O principal fundamento argumento é que o dano moral sofrido em razão da ação penal é *in re ipsa*, que é aquele dano que, de tão clarividente, prescinde de comprovação no caso concreto. Sobre a

⁵²⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Seção). **REsp n. 1.675.874/MS**. Min. Rogério Schietti, 28 de fevereiro de 2018. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=77414800&num_registro=201701403043&data=20171024&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 13 out. 2023.

⁵²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quinta Turma). **AgRg no REsp n. 2.029.732/MS**. Rel. Joel Ilan Paciornik., 22 de agosto de 2018. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento/mediado/?documento_tipo=5&documento_sequencial=205096802®istro_numero=202203066975&peticao_numero=202300378784&publicacao_data=20230825&formato=PDF. Acesso em: 13 out. 2023.

⁵²² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quinta Turma). **AgRg no AREsp n. 2.068.756/TO**. Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, 22 de novembro de 2022. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento/mediado/?documento_tipo=5&documento_sequencial=171422457®istro_numero=202200436330&peticao_numero=202200813766&publicacao_data=20221128&formato=PDF. Acesso em: 13 out. 2023.

noção de dano mora *in re ipsa* com substrato na violação à dignidade da pessoa humana, afirma o STJ:

(...) sempre que demonstrada a ocorrência de ofensa injusta à dignidade da pessoa humana, dispensa-se a comprovação de dor e sofrimento para configuração de dano moral. Segundo doutrina e jurisprudência do STJ, onde se vislumbra a violação de um direito fundamental, assim eleito pela CF, também se alcançará, por consequência, uma inevitável violação da dignidade do ser humano. A compensação nesse caso independe da demonstração da dor, traduzindo-se, pois, em consequência *in re ipsa*, intrínseca à própria conduta que injustamente atinja a dignidade do ser humano. Aliás, cumpre ressaltar que essas sensações (dor e sofrimento), que costumeiramente estão atreladas à experiência das vítimas de danos morais, não se traduzem no próprio dano, mas têm nele sua causa direta (...)⁵²³

Existem casos em que o dano moral está presente de forma tão categórica que sequer há de se envidar esforços para aprofundar sobre a sua existência no caso concreto, pois se trata de um dano moral *in re ipsa*. Segundo Chaves e Rosenvald explicam essa categoria como aquele que é presumido a partir do próprio fato ofensivo. No entanto, ensinam que a simples descrição de eventos por si só não é suficiente para que o juiz possa concluir que houve uma violação à dignidade da pessoa humana. A análise deve focar-se efetivamente na ofensa específica a um direito de personalidade ou a um direito fundamental da parte lesada.⁵²⁴

Isso implica que o dano moral pode ser considerado presumido, ou "*in re ipsa*", apenas no que diz respeito aos efeitos subjetivos experimentados pela vítima. No entanto, essa presunção não se estende à comprovação da existência do dano que excede o âmbito patrimonial. Em outras palavras, a responsabilidade probatória não pode ser negligenciada; é crucial para estabelecer de forma objetiva e concreta a ação que supostamente violou a intimidade ou outro direito fundamental da vítima.⁵²⁵

Nos casos que envolvem violência doméstica e familiar contra a mulher, o STJ fixou a tese no Tema de Recurso Repetitivo nº 983, com o seguinte teor:

"Nos casos de violência contra a mulher praticados no âmbito doméstico e familiar, é possível a fixação de valor mínimo indenizatório a título de dano moral, desde que haja pedido exposto da acusação ou da parte ofendida, ainda que não especificada a quantia, e independentemente de instrução probatória".⁵²⁶

⁵²³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). **Resp 1.292.141-SP**. Rel. Min. Nancy Andrigui. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=26121824&num_registro=201102652643&data=20121212&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 13 out. 2023

⁵²⁴ FARIAS; ROSENVALD; BRAGA NETTO, op. cit., p. 366.

⁵²⁵ Ibid., p. 366.

⁵²⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Seção). **REsp n. 1.675.874/MS**, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, 28 de janeiro de 2018. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=77414800&num_registro=201701403043&data=20171024&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 13 out. 2023.

É que, em alguns casos, o dano moral está presente de forma tão categórica que sequer há de se envidar esforços para aprofundar sobre a sua existência no caso concreto, pois se trata de um dano moral *in re ipsa*, como no exemplo do dano moral em relação à mulher que é vítima de violência doméstica ou familiar. Nesses casos, conforme restou decidido, não há sequer que se questionar acerca de eventual instrução probatória específica sobre o dano moral, uma vez que prescinde de comprovação no caso concreto, bastando tão apenas o pedido expresso na inicial, independentemente de indicação do valor.

Entretanto, ainda que a decisão do STJ tenha se restringido à violência doméstica ou familiar contra a mulher, em razão do contexto do julgamento, não podemos restringir o dano moral *in re ipsa* tão apenas nas referidas hipóteses, especialmente em se tratando de dano moral como consequência de um processo de vitimização criminal.

O STJ também firmou entendimento que a regra do art. 387, IV do CPP, ainda que inserido em nosso ordenamento apenas no ano de 2008, pode ser plenamente aplicada aos processos em curso anteriormente à inovação legislativa:

(...) Considerando que a norma não limitou e nem regulamentou como será quantificado o valor mínimo para a indenização e considerando que a legislação penal sempre priorizou o ressarcimento da vítima em relação aos prejuízos sofridos, o juiz que se sentir apto, diante de um caso concreto, a quantificar, ao menos o mínimo, o valor do dano moral sofrido pela vítima, não poderá ser impedido de fazê-lo (REsp 1585684/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, julgado em 09/08/2016, DJe 24/08/2016). (...) (STJ. AgRg no REsp n. 1.612.912/SC, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 11/10/2016, DJe de 21/10/2016.)⁵²⁷

Doutrinariamente também se fala em *dano moral reflexo, indireto ou por ricochete*, que são as hipóteses em que uma pessoa sofre o dano causado a outra. Muito embora seja um assunto controverso, a legislação abarca uma situação que é indubitosa, que se refere à indenização decorrente de morte, onde se admite que seja pleiteada pelos herdeiros que vivam sob sua dependência econômica, nos termos do art. 948, II do Código Civil.⁵²⁸

Quanto à legitimidade para requerer a indenização, ao passo que, na ação penal pública, o pedido cabe inicialmente ao Ministério Público. Apesar de a questão ainda não ter sido enfrentada pelo STJ, abalizada doutrina entende que é possível o pedido de indenização pelo ofendido, desde que o seja antes do início da instrução processual, com a finalidade de

⁵²⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma). **AgRg no REsp n. 1.612.912/SC**. Rel Reynaldo Soares da Fonseca, 11 de outubro de 2016. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=65927440&num_registro=201601813851&data=20161021&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 13 out. 2023.

⁵²⁸ VENOSA, op. cit., p. 416.

assegurar o exercício do direito de defesa, na vertente direito à prova.⁵²⁹ Esse entendimento encontra guarida expressa nos legitimados para a ação civil *ex delicto* (art. 63 do CPP⁵³⁰) e é o que melhor se coaduna com os direitos da vítima, pois negar-lhe essa proposição enquanto assistente de acusação seria tornar esvaziar bastante a previsão normativa da assistência em nosso ordenamento jurídico.

Situação peculiar foi a trazida pela Lei nº 13.869/2019, que revogou a Lei nº 4.898/65, e que trata sobre os crimes de abuso de autoridade. Em seu art. 4º, I, foi relacionado, entre os efeitos da condenação: “tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime, devendo o juiz, a requerimento do *ofendido*, fixar na sentença o valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos por ele sofridos”. Neste caso, houve expressa menção à vítima como legitimada ativa, o que pode levar a uma equivocada interpretação de que somente caso haja habilitação como assistente de acusação haverá legitimidade nesta hipótese.

Entretanto, reputamos que este não é o entendimento que melhor se alinha com a tutela integral dos direitos das vítimas no processo penal. Primeiramente, porque, na ação penal pública, o Ministério Público é a instituição constitucionalmente responsável por promover a demanda, nos termos do art. 129, I da CR/88, de forma que, conforme já afirmamos ao longo deste trabalho científico, apesar de público, o processo penal não se despe de promover os interesses da vítima criminal, sendo o órgão do *Parquet* o responsável por observar a tutela vitimária nesta espécie de ação. Assim, nada mais natural que o Ministério Público, na tutela do ofendido, realize o pedido na inicial. Além do que, o referido entendimento não foge ao escopo do dispositivo, porque a vítima, quando ouvida, pode ou não ratificar o desejo por uma indenização mínima, reforçando o pedido inicial do Ministério Público.

É necessário lembrar que, em se tratando de *valor mínimo*, naturalmente será possível que o dano, em sede própria, possa ser quantificado em montante superior ao arbitrado na sentença penal. Caso a vítima entenda que experimentou um prejuízo superior ao que foi indenizada, ela poderá promover a liquidação da sentença previamente à execução do título, nos termos do art. 509 a 512 do CPC. Isso porque a sentença penal faz coisa julgada na esfera cível apenas quanto ao valor mínimo de reparação, mas é possível que, na liquidação, se apure

⁵²⁹ REBOUÇAS, Sergio. **Curso de Direito Processual Penal**, volume 1. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2022, p. 410-411

⁵³⁰ Art. 63. Transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo cível, para o efeito da reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros.

valor diverso, mas nunca inferior ao que foi decidido na esfera penal.⁵³¹ Nestes termos, confira-se o que diz o STJ:

(...) 2.2. A previsão legal é a de fixação de um valor mínimo, não exauriente, sendo possível a liquidação complementar de sentença para apurar o efetivo dano sofrido, nos termos dos artigos 509, II, do NCPC. Observe-se, nesse sentido, o artigo 63, parágrafo único, do Código de Processo Penal: "transitada em julgado a sentença condenatória, a execução poderá ser efetuada pelo valor fixado nos termos do inciso IV do caput do artigo 387 deste Código 'sem prejuízo da liquidação para a apuração do dano efetivamente sofrido'".

2.3. A mens legis, taxativamente, não é a estipulação do valor integral da recomposição patrimonial, mas, isto sim, a restauração parcial do status quo por indenização mínima, na medida do prejuízo evidenciado na instrução da ação penal. Despiciendo o aprofundamento específico da instrução probatória acerca dos danos, característico do processo civil. A existência do dano moral ipso facto é satisfatoriamente debatida ao longo do processo, já que o réu se defende dos fatos imputados na denúncia, porventura ensejadores de manifesta indenização, justamente para que não acarrete postergação do processo criminal. Assim, é possível a fixação de um mínimo indenizatório a título de dano moral, sem a necessidade de instrução probatória específica para fins de sua constatação (existência do dano e sua dimensão). (...)⁵³²

É possível recorrer exclusivamente do capítulo da sentença penal que fixou (ou deixou de fixar, se for o caso) a reparação mínima à vítima, nos termos do art. 593, I do CPP. Apesar de o capítulo se referir tão somente à matéria de direito civil na sentença penal, o juiz criminal, se receber o recurso, deverá remetê-lo às câmaras criminais do tribunal de segundo grau competente para julgar matérias de direito penal.⁵³³

5.7 A eficácia da indenização mínima do art. 387, IV do CPP à luz da análise de processos criminais de competência do Tribunal do Júri no Estado do Ceará

A possibilidade de o juízo penal fixar uma reparação mínima ao ofendido, como já destacamos, foi uma importante inovação do legislador pátrio, porque facilita que a vítima tenha a seu favor já fixada um valor mínimo de indenização, sem que, para isso, precise se esforçar no sentido de pleitear a liquidação, na esfera cível, dos danos sofridos em razão do crime que sofreu.

Entretanto, cumpre analisar até que ponto esta regra possui eficácia material, ou seja, se ela tem sido adequadamente aplicada pelos atores da persecução penal, bem como

⁵³¹ REBOUÇAS, op. cit., p. 412.

⁵³² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quinta Turma). **REsp n. 2.029.732/MS**. Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, 22 de Agosto de 2023. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento/mediado/?documento_tipo=5&documento_sequencial=205096802®istro_numero=202203066975&peticao_numero=202300378784&publicacao_data=20230825&formato=PDF. Acesso em: 13 out. 2023.

⁵³³ BURKE, op. cit., p. 250.

compreender as principais nuances que circundam o instituto na práxis processual. Para isso, realizamos uma pesquisa empírica envolvendo processos penais com a finalidade de investigar se a indenização mínima tem sido fixada em favor das vítimas para que, a partir dos dados obtidos, seja possível avaliar a tutela da vítima sob a ótica da reparação do dano.

5.7.1 Metodologia e apresentação analítica dos dados obtidos

Nossa pesquisa adotou uma abordagem quali-quantitativa, em que buscamos, como ponto de partida, quantificar os dados obtidos no levantamento processual de acordo com as nossas indagações para, em um segundo momento, interpretá-los de acordo com as premissas teóricas construídas ao longo deste trabalho científico.

Como forma de garantir um resultado isento, transparente e fiel com a realidade, assim como perseguindo o propósito de realizar uma pesquisa exequível, foi necessária a definição de alguns marcadores externos para a seleção dos processos criminais que foram analisados.

A delimitação espacial desta pesquisa empírica foi fixada na cidade de Fortaleza que, como capital do Estado do Ceará, é notoriamente a comarca mais complexa e a que possui o maior porte, o que nos permite obter resultados que viabilizem representar entendimentos e posições de uma variada gama de operadores do Direito, entre Juízes, Promotores de Justiça, Defensores Públicos e Advogados.

Quanto aos delitos objeto de apuração, cumpre-nos fazer um necessário esclarecimento. O universo de delitos existentes em nosso ordenamento jurídico é bastante extenso, o que nos leva à necessidade de delimitarmos uma gama possível de crimes para concretizar de maneira eficaz a pesquisa. Selecionamos, então, os crimes dolosos contra a vida, que, por sua natureza, são da competência constitucional do Tribunal do Júri.

Algumas razões nos levaram à referida delimitação. A primeira dela foi a relação entre a gravidade do crime e os danos que concretamente podem ser constatados, mesmo em abstrato, sem adentrar concretamente no mérito de cada fato delituoso.

Como será abordado no tópico seguinte (5.7.1), o crime de homicídio, tentado ou consumado, gera, naturalmente, danos materiais, espécie de dano que necessita para a fixação da indenização mínima do art. 387, IV do CPP, segundo o filtro jurisprudencial que foi estudado, de pedido expresso na denúncia e instrução probatória específica para constatar a efetiva constatação de prejuízo. Noutra giro, o dano moral sofrido pela vítima sobrevivente ou pelos familiares é manifesto, pois não há que discutir que uma pessoa que sobreviveu a um atentado homicida ou os familiares que perderam um ente não sofram abalos emocionais.

Dessa forma, além dos crimes que envolvem violência doméstica⁵³⁴, onde, como já vimos, o dano moral tem natureza *in re ipsa*, os crimes dolosos contra a vida nos fornecem um critério seguro para aferir o grau de importância que os atores da persecução penal têm conferido à vítima sob o aspecto da reparação. O pensamento que nos levou a esse recorte se relaciona à gravidade dos crimes de homicídio, notoriamente a mais elevada em ordenamento jurídico, e que é capaz de, indiscutivelmente, acarretar danos materiais e morais.

Na comarca de Fortaleza existem 5 Varas Judiciárias exclusivas para o Tribunal do Júri, onde diariamente ocorrem sessões de julgamento. O Cada uma dessas Varas Judiciárias conta com 2 cargos de Juiz, um titular e outra de auxiliar, ambos responsáveis por presidir sessões plenárias de julgamento, totalizando 10 Juizes de Direito, além dos que eventualmente auxiliam nas situações de férias, licenças e afastamentos dos referidos membros.

Já o Ministério Público conta com 13 Promotorias de Justiça, cada uma com um membro titular, vinculadas às 5 Varas do Júri, sob a seguinte divisão: a) 3 dessas Promotorias de Justiça atual na fase pré-processual e possuem atribuição exclusiva para o acompanhamento de inquéritos policiais, atuando até o oferecimento da denúncia; b) das 10 Promotorias de Justiça restantes, 2 atuam em cada uma das Varas Judiciárias, com atribuição desde o recebimento da denúncia até o final do processo em 1º grau de jurisdição. Assim, a variedade de membros do Ministério Público e do Poder Judiciário atuando nessas unidades judiciárias foi um fator preponderante levado em consideração para que obtivéssemos resultados amplos e desvinculados da eventual posição pessoal de alguns poucos Juizes e Promotores.

Quanto à delimitação temporal, analisamos processos julgados num termo temporal de 4 meses, próximo à finalização desta pesquisa científica, entre junho e setembro de 2023⁵³⁵, das 5 Varas do Tribunal do Júri supramencionadas, um espaço de tempo próximo, e que nos permite garantir a atualidade das conclusões, assim como selecionarmos uma quantidade razoável de julgamentos.

Sobre o quantitativo de processos a serem analisados, decidimos que, durante o termo temporal entre junho e setembro de 2023, todos seriam objeto de análise, sem a fixação de nenhum limite máximo.

Finalmente, convém esclarecer a forma que tivemos acesso aos referidos julgamentos. As sessões do Tribunal do Júri são públicas, e possuem a peculiaridade de que a sentença é necessariamente proferida em sessão de julgamento. Dessa forma, nos subsidiamos

⁵³⁵ Na 2ª e na 3ª Varas do Tribunal do Júri não foram designadas sessões de julgamento para o mês de julho de 2023.

das pautas de audiências fornecidas pelas 5 Varas do Tribunal do Júri para tomar conhecimento dos processos que foram objeto de sessão plenária de julgamento popular, a partir de onde consultamos cada um dos autos listados.

Firmes com o compromisso de transparência desta pesquisa empírica, as pautas de audiência que nos servimos para consulta e os processos objeto de julgamento, com a análise detalhada que fizemos acerca da situação de cada processo, foram armazenadas em nuvem, e podem ser acessadas a partir do endereço eletrônico <https://drive.google.com/drive/folders/1S9sq9gnNaJk51ZebOu3on1Dfy5EsURgv?usp=sharing>, o qual manteremos ativo pelo prazo mínimo de 10 anos.

Fixado de forma clara e objetiva os marcadores externos, passaremos aos marcadores internos, ou seja, iremos definir qual o conteúdo que será verificado em cada processo. Analisaremos as seguintes questões, sem prejuízos de outros questionamentos pertinentes que surjam no decorrer da construção da pesquisa: a) o relatório policial, que concluiu pelo indiciamento de investigado(s) em crime doloso contra a vida, fez alguma menção acerca do dano material ou moral sofrida pela vítima ou seus familiares? ; b) ao oferecer denúncia por crime doloso contra a vida, o Ministério Público observou a necessidade de fazer pedido expresso acerca da reparação dos danos causados? ; c) em caso de condenação por crime doloso contra a vida, ou mesmo desclassificação por crime contra a pessoa, a sentença penal condenatória abordou expressamente, em capítulo próprio, o aspecto da reparação do dano, conforme indica o art. 387, IV do CPP ; d) na hipótese de a reparação dos danos ter sido enfrentado na sentença, a indenização mínima foi fixada? ; e) quando não fixada, qual foi a fundamentação judicial?

A partir da metodologia ora apresentada, entendemos que foram fixadas balizas razoáveis, transparentes e isentas com a finalidade de levantarmos empiricamente dados analíticos referentes à eficácia material do direito previsto no art. 387, IV do CPP.

5.7.2 A reparação dos danos nos crimes de homicídio

A partir das premissas teóricas já abordadas no tópico 5.6, passaremos agora a tratar sobre a reparação dos danos no que se refere especialmente aos crimes dolosos contra a vida, com especial ênfase no crime de homicídio, que foi o recorte metodológico que escolhemos para a presente pesquisa. Assim, antes de adentrar especificamente na análise empírica, cumprenos desenvolver, ainda que sucintamente, os principais aspectos que circundam a fixação da indenização mínima nesta espécie de crime.

Os crimes dolosos contra a vida presentes em nosso ordenamento são: homicídio, infanticídio, aborto e induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio. Dentre estes, o crime de homicídio é o que costuma ocupar as prateleiras dos Varas do Júri de forma predominante. A esse respeito, de 235 processos consultados em nossa pesquisa empírica que estiveram na pauta de julgamento do júri em Fortaleza/CE, 234 versaram sobre crimes de homicídios, e apenas 1 do crime de infanticídio.

No caso do crime de homicídio, temos aqui uma categoria criminosa em que, comumente, estão presentes as duas espécies de danos que já estudamos, não havendo dúvidas de que existem danos objeto de reparação durante a persecução penal, quer o crime ocorra na forma tentada ou consumada.

Sobre o valor da indenização no crime de homicídio, dispõe o art. 948 do Código Civil:

Art. 948. No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações:
I - no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família;
II - na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima.

Nos crimes tentados, principalmente naqueles em que a vítima tem sua integridade física atingida, comumente se observa a existência de despesas médicas, pois a vítima pode sofrer lesões que necessitem de tratamentos, bem como custos de longo prazo, como cirurgias, fisioterapias etc. Os lucros cessantes também habitualmente estão presentes, especialmente quando a vítima resta de alguma forma incapacitada, mesmo que temporariamente, para exercer a sua atividade laboral, quando experimenta perda de rendimentos e, em alguns casos, até precisa readaptar seu estilo de vida para poder lidar com as sequelas físicas do delito.

Além dos danos de ordem patrimonial, os danos morais são evidentes e derivam do trauma psicológico que uma vítima sobrevivente de um crime homicídio sofre, ainda que em diferentes graus a depender do caso concreto. O evento traumático pode resultar numa deterioração significativa da qualidade de vida da vítima, afetando o seu bem-estar emocional e social. Com efeito, não se pode equiparar, sob pena de depreciar os sentimentos de uma vítima que teve sua vida colocada em risco, que ela tenha sofrido apenas um “mero dissabor” ou “aborrecimento” quando sofre um atentado ao seu bem jurídico mais valioso, a vida.

Nos casos em que o homicídio é consumado, conseguimos avaliar a presença ainda mais categórica de danos através de múltiplas situações que costumam ocorrer. É preciso lembrar que, neste caso, os danos indenizáveis não tem por destinatária a vítima do delito propriamente dita, uma vez que, obviamente, ela tem seus direitos patrimoniais cessados a partir

da sua morte. Assim, a reparação dos danos tem como destinatários os herdeiros da vítima falecida.⁵³⁶

Nesse contexto, é necessário rememorar que a Resolução nº 40/34 de 29 de novembro de 1985 entende por vítima não só a pessoa que sofreu diretamente as consequências do delito, mas também “a família próxima ou as pessoas a cargo da vítima direta e as pessoas que tenham sofrido um prejuízo ao intervirem para prestar assistência às vítimas em situação de carência ou para impedir a vitimização”. Igual noção também se depreende no art. 63 CPP, que disciplina a ação de execução *ex delicto*, quando afirma peremptoriamente sobre a legitimidade dos herdeiros: “Transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo cível, para o efeito da reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus *herdeiros*”. Ademais, conforme já foi exposto, o art. 948, II, do Código Civil não deixa dúvidas quando registra que, no caso de homicídio, o caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima.

Assim, inexistente qualquer óbice legal para a fixação da reparação dos danos em favor dos sucessores da vítima fatal no crime de homicídio consumado, discussão que, se eventualmente existente, seria extremamente impertinente e desarrazoada, uma vez que, sob o aspecto da reparação dos danos, o algoz do crime consumado seria beneficiado em detrimento de quem praticou o delito na forma tentada.

Os danos materiais no crime de homicídio consumado envolvem uma série de despesas que costumam também incluir custos médicos, farmacêuticos e hospitalares, nas hipóteses em que a vítima passa por tratamento antes de falecer. Além disso, em todos os casos – vítimas com morte imediata ou que lutam certo tempo pela sobrevivência – incluem-se nos danos materiais as despesas com velório e funeral. Os lucros cessantes, nestes casos, costumam vulnerabilizar os familiares da vítima que, com o seu emprego ou profissão, não poderão mais contribuir com o sustento da família.

Entretanto, o dano moral que é provocado à família que perdeu o seu ente próximo é, de todas as possibilidades já abordadas, a que mais se encontra categoricamente presente, ainda que tomando o fato típico em tese, sem adentrar nas nuances de cada caso concreto. É que não podemos ignorar que a perda precoce de um familiar, vitimado por razões que não se relacionam com a própria natureza, é causa de dor e sofrimento imensuráveis. Inobstante os referidos elementos – dor e sofrimento – não se confundirem com o conceito de dano moral,

conforme já estudamos no tópico 5.6, são consequências direta da ofensa e com ela se relacionam intrinsecamente. A notícia e as circunstâncias de um homicídio podem causar traumas psicológicos duradouros nos familiares, gerando sentimentos de angústia e sofrimento.

Nestes casos, os familiares da vítima sofrem, conforme já explicamos no tópico anterior, um dano moral indireto, reflexo ou por ricochete, pois padecem dos efeitos de uma ofensa que foi perpetrada imediatamente na pessoa da vítima. O STJ já chegou a decidir que o dano moral por ricochete possui autonomia, de forma que a vítima poderá pleiteá-lo independentemente da morte da vítima direta.⁵³⁷

Sobre a natureza do dano moral em decorrência da morte da vítima, o STJ tem entendimentos reiterados no sentido de que eles se encontram inseridos na categoria *in re ipsa*, ou seja, prescindem de efetiva produção probatória no caso concreto para que se entendam presentes. Nesse sentido, o STJ já afirmou expressamente, em se tratando de danos morais a filhos decorrentes da morte de sua genitora que: “Quanto ao dano moral, em si mesmo, não há falar em prova; o que se deve comprovar é o fato que gerou a dor, o sofrimento. Provado o fato,

⁵³⁷ RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL REFLEXO OU POR RICOCHETE. MORTE DA VÍTIMA. PRESCINDIBILIDADE PARA A CONFIGURAÇÃO DO DANO. LEGITIMIDADE ATIVA PARA AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. NÚCLEO FAMILIAR. IRMÃOS. AVÓS. ILEGITIMIDADE PASSIVA DOS GENITORES DE FILHOS MAIORES DE IDADE. 1. O dano moral por ricochete é aquele sofrido por um terceiro (vítima indireta) em consequência de um dano inicial sofrido por outrem (vítima direta), podendo ser de natureza patrimonial ou extrapatrimonial. Trata-se de relação triangular em que o agente prejudica uma vítima direta que, em sua esfera jurídica própria, sofre um prejuízo que resultará em um segundo dano, próprio e independente, observado na esfera jurídica da vítima reflexa. 2. São características do dano moral por ricochete a pessoalidade e a autonomia em relação ao dano sofrido pela vítima direta do evento danoso, assim como a independência quanto à natureza do incidente, conferindo, desse modo, aos sujeitos prejudicados reflexamente o direito à indenização por terem sido atingidos em um de seus direitos fundamentais. 3. O evento morte não é exclusivamente o que dá ensejo ao dano por ricochete. Tendo em vista a existência da cláusula geral de responsabilidade civil, todo aquele que tem seu direito violado por dano causado por outrem, de forma direta ou reflexa, ainda que exclusivamente moral, titulariza interesse juridicamente tutelado (art. 186, CC/2002). 4. O dano moral reflexo pode se caracterizar ainda que a vítima direta do evento danoso sobreviva. É que o dano moral em ricochete não significa o pagamento da indenização aos indiretamente lesados por não ser mais possível, devido ao falecimento, indenizar a vítima direta. É indenização autônoma, por isso devida independentemente do falecimento da vítima direta. 5. À vista de uma leitura sistemática dos diversos dispositivos de lei que se assemelham com a questão da legitimidade para propositura de ação indenizatória em razão de morte, penso que o espírito do ordenamento jurídico rechaça a legitimação daqueles que não fazem parte da "família" direta da vítima (REsp 1076160/AM, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, DJe 21/06/2012). 6. A jurisprudência desta Casa, quanto à legitimidade dos irmãos da vítima direta, já decidiu que o liame existente entre os envolvidos é presumidamente estreito no tocante ao afeto que os legitima à propositura de ação objetivando a indenização pelo dano sofrido. Interposta a ação, caberá ao julgador, por meio da instrução, com análise cautelosa do dano, o arbitramento da indenização devida a cada um dos titulares. 7. A legitimidade dos avós para a propositura da ação indenizatória se justifica pela alta probabilidade de existência do vínculo afetivo, que será confirmado após instrução probatória, com consequente arbitramento do valor adequado da indenização. 8. A responsabilidade dos pais só ocorre em consequência de ato ilícito de filho menor. O pai não responde, a esse título, por nenhuma obrigação do filho maior, ainda que viva em sua companhia, nos termos do inciso I do art. 932 do Código Civil. 9. Recurso especial parcialmente provido. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp: 1734536 RS 2014/0315038-6**, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 6 de agosto de 2019. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=42959004&tipo_documento=documento&num_registro=201403150386&data=20150202&formato=PDF. Acesso em: 13 out. 2023.

impõe-se a condenação, pois, nesses casos, em regra, considera-se o dano *in re ipsa*” (AgRg no AREsp: 259222⁵³⁸).

Noutra oportunidade, o STJ também chegou a decidir que “presume-se o dano moral na hipótese de morte de parente, tendo em vista que o trauma e o sentimento causado pela perda da pessoa amada são inerentes aos familiares próximos à vítima” (AgInt no REsp n. 1.165.102/RJ⁵³⁹).

Quanto ao arbitramento do valor da reparação, em se tratando de dano material, conforme já estudamos, deverá haver, além de pedido expresso e indicação da quantia, instrução probatória específica. Dessa forma, cumprirá às investigações demonstrar o valor que se entende como o mínimo para reparar o dano causado à vítima ou aos seus familiares.

Em relação ao dano moral, persiste a necessidade de pedido expresso na inicial. Entretanto, não há necessidade de indicação do valor e instrução probatória específica sobre essa questão, pois, em se tratado de dano *in re ipsa*, a indenização poderá ser arbitrada a partir da condenação pelo crime doloso contra a vida. Sem embargo, ainda que possa ser fixado valor independentemente de discussão processual sobre essa questão, trata-se de assunto importante porque, para além da existência do direito, é crucial para aferir o grau de ofensa para fins de arbitramento monetário.

Na praxe jurídica, entretanto, tem-se entendido que, inexistindo elementos suficientes para quantificar o dano moral, podem ser utilizados, como parâmetro para a reparação mínima, os valores previstos no art. 3º da Lei nº 6.194/94⁵⁴⁰, que dispõe sobre seguro obrigatório de danos pessoais causados por veículos automotores de via terrestre (DPVAT), e prescreve:

⁵³⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). **AREsp: 259222**. Rel. Sidnei Benet, 19 de fevereiro de 2013. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=26775172&num_registro=201202433814&data=20130228&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 13 out. 2023.

⁵³⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quarta Turma). **AgInt no REsp n. 1.165.102/RJ**. Rel. Min. Raul Araújo, 17 de novembro de 2016. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=66134407&num_registro=200902189785&data=20161207&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 13 out. 2023.

⁵⁴⁰ Essa solução foi adotada pelo Centro de Apoio Operacional Criminal (CAOCRIM) do Ministério Público do Estado do Maranhão (MP/MA) através da Nota Técnica nº 01/2019 e pelo CAOCRIM do Ministério Público do Estado de Pernambuco (MP/PE) através da Nota Técnica nº 02/2019. **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO MARANHÃO. Nota Técnica nº 01/2019**. Disponível em: https://www.mppma.mp.br/arquivos/COCOM/arquivos/centros_de_apoio/caop_crim/NOTA_T%C3%89CNICA/2019/NOTA_T%C3%89CNICA_01_2019_-_CAOPCRIM.pdf. Acesso em: 10 out. 2023. **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO. Nota Técnica nº 02/2019**. Disponível em: <https://siteantigo2.mppe.mp.br/mppe/institucional/caops/caop-criminal/material-apoio-caop-criminal/category/97-caop-criminal-legislacao?download=7235:nota-tecnica-n-002-2019-reparacao-de-danos-nos-crimes-dolosos-contr-a-vida>. Acesso em: 10 out. 2023.

Art. 3º Os danos pessoais cobertos pelo seguro estabelecido no art. 2º desta Lei compreendem as indenizações por morte, por invalidez permanente, total ou parcial, e por despesas de assistência médica e suplementares, nos valores e conforme as regras que se seguem, por pessoa vitimada:

I - R\$ 13.500,00 (treze mil e quinhentos reais) - no caso de morte;

II - até R\$ 13.500,00 (treze mil e quinhentos reais) - no caso de invalidez permanente;

(...)

Embora se destinem ao pagamento de indenizações por danos provocados por veículos automotores, os montantes estabelecidos na citada legislação foram avaliados como suficientemente apropriados para prover um mínimo de amparo ao indivíduo lesado e/ou aos seus familiares. Deste modo, esses valores foram entendidos como competentes para custear despesas relacionadas à assistência médica e outros gastos suplementares, além de cobrir os custos de funeral e mitigar os impactos emocionais advindos da perda de um familiar.

Entretanto, por razões de fidelidade a todo arcabouço teórico e normativo que sustentamos ao longo desta pesquisa científica, não nos soa razoável monetizar uma vida humana, um bem cujo valor transcende qualquer moeda, com um valor tão ínfimo, sendo de rigor que se apure efetivamente, ainda que de forma mínima, uma quantia que seja proporcional aos danos provocados à vítima penal de um crime doloso contra vida.

5.7.3 Exposição dos dados obtidos

Foram consultados um total de 235 processos judiciais inclusos nas pautas de sessões de julgamento do Tribunal do Júri entre os meses de junho a setembro de 2023. Destes, foi possível analisar efetivamente 176 sessões de julgamento. A diferença deveu-se a diversos motivos, todos apontados no Anexo I, entre eles: redesignação de datas das sessões plenárias, processos de acesso restrito em razão de sigiloso, extinção de punibilidade antes do julgamento por morte do réu e processos que o sistema E-SAJ não nos retornou resultado.

As sessões plenárias foram designadas em cada Vara do Júri da seguinte forma:

Tabela 2 – Distribuição de audiências nas Varas do Tribunal do Júri

| QUANTIDADE DE JÚRIS AGENDADOS ENTRE OS MESES DE JUNHO, JULHO, AGOSTO E SETEMBRO | |
|---|----|
| 1ª Vara | 68 |
| 2ª Vara | 34 |
| 3ª Vara | 55 |
| 4ª Vara | 27 |
| 5ª Vara | 51 |

| | |
|--------------|-----|
| TOTAL | 235 |
|--------------|-----|

Fonte: elaborada pelo autor

Já as 176 sessões de julgamento foram realizadas pelas 5 Varas do Júri com a seguinte distribuição entre os Juízos:

Tabela 3 – Quantitativo de Júris analisados

| QUANTIDADE DE JÚRIS ANALISADOS ENTRE NOS MESES DE JUNHO, JULHO E AGOSTO | |
|--|-----|
| 1ª Vara | 47 |
| 2ª Vara | 32 |
| 3ª Vara | 45 |
| 4ª Vara | 14 |
| 5ª Vara | 38 |
| TOTAL | 176 |

Fonte: elaborada pelo autor

Não é objeto da nossa pesquisa realizar juízo de valor sobre o mérito dos jurados em relação aos processos que são levados a julgamento pelo tribunal do júri, ou seja, não nos importa discutir a relação entre o número de condenações, absolvições e desclassificações, uma vez que, considerado a soberania dos veredictos, presumimos que cada caso foi decidido justiça pelo conselho de sentença. Entretanto, foi necessário estabelecer essa classificação para que nós pudessemos, dentro de cada uma das hipóteses, aprofundar apenas no aspecto que nos interessa: a reparação do dano, nos termos do art. 387, IV do CPP. Assim a análise resultou no seguinte resultado:

Tabela 4 – Relação de condenações, absolvições e desclassificações

| JÚRIS ANALISADOS | CONDENAÇÕES | ABSOLVIÇÕES | DESCLASSIFICAÇÃO | |
|-------------------------|--------------------|--------------------|-------------------------|----|
| 1ª Vara | 47 | 33 | 12 | 1 |
| 2ª Vara | 32 | 22 | 9 | 1 |
| 3ª Vara | 45 | 30 | 12 | 3 |
| 4ª Vara | 14 | 6 | 6 | 2 |
| 5ª Vara | 38 | 19 | 14 | 4 |
| TOTAL | 176 | 110 | 42 | 11 |

Fonte: elaborada pelo autor

Nos processos em que houve sentença penal condenatória por crime doloso contra a vida, nossa cognição foi ampla, pois analisamos os seguintes pontos: a) o relatório policial, que concluiu pelo indiciamento de investigado(s) em crime doloso contra a vida, fez alguma menção acerca do dano material ou moral sofrida pela vítima ou seus familiares? ; b) ao oferecer denúncia por crime doloso contra a vida, o Ministério Público observou a necessidade de fazer pedido expresso acerca da reparação dos danos causados? ; c) na condenação por crime doloso contra a vida, a sentença penal condenatória abordou expressamente, em capítulo próprio, o aspecto da reparação do dano, conforme aponta o art. 387, IV do CPP ; d) na hipótese de a reparação dos danos ter sido enfrentado na sentença, a indenização mínima foi fixada? ; e) quando não fixada, qual foi a fundamentação judicial?

Os processos em que o corpo de jurados entendeu pela absolvição do réu também tiveram seu conteúdo analisado, pois, embora o resultado do julgamento não possibilitasse a fixação, na sentença, de reparação dos danos materiais e morais em favor das vítimas ou familiares, houve o desenvolvimento de toda uma persecução penal que culminou com a sessão plenária popular. Assim, mesmo na hipótese de a absolvição ter sido o resultado entendemos que a Polícia Civil, ao firmar sua convicção pelo indiciamento no relatório final das investigações, e o Ministério Público, ao formar sua *opinio delicti* na denúncia sobre a prática de um crime doloso contra a vida, teriam, por consectário lógico, o dever de se debruçar sobre os danos sofridos pela vítima ou familiares, ainda que de forma sumária.

Ademais, no caso de desclassificação de crime doloso contra a vida para outro delito, a análise da reparação na sentença resta prejudicada, uma vez que, usualmente, os delitos usualmente desclassificados restam prescritos. Mas, assim como no caso de absolvição, não nos impede de analisar a menção aos danos sofridos pela vítima ou familiares no relatório policial e na denúncia.

O primeiro dado analisado se refere à instrução e menção, no relatório policial, sobre os danos materiais sofridos pelas vítimas ou familiares. Infelizmente, este dado restou inexistente, ou seja, nenhum dos inquéritos policiais se incumbiu de instruir as investigações com a perquirição, junto às vítimas ou familiares, acerca dos danos materiais e morais. Os dados contidos no relatório das investigações se resumiram aos aspectos meramente criminais contra o autor do fato, ou seja, indícios de autoria e prova da materialidade.

Gráfico 1 – Menção à reparação dos danos no inquérito policial

INQUÉRITOS POLICIAIS QUE EM QUE O RELATÓRIO FINAL FEZ MENÇÃO À REPARAÇÃO DO DANO ÀS VÍTIMAS OU FAMILIARES

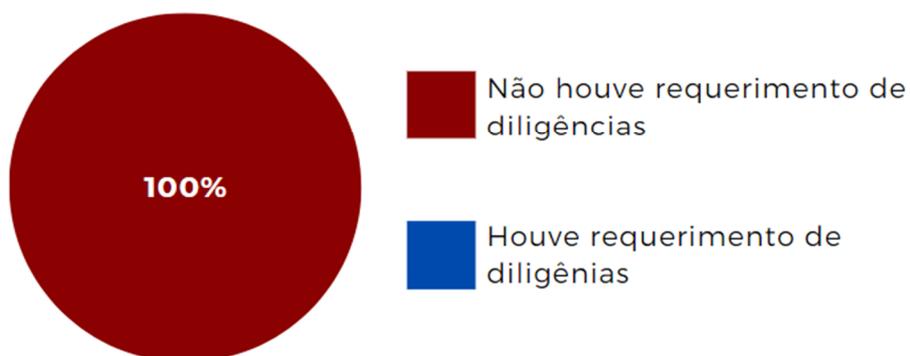


Fonte: elaborado pelo autor.

Quando o processo aponta relatado no Ministério Público, existem três alternativas legais: o oferecimento da denúncia, o arquivamento e o retorno à delegacia de polícia para diligências. Em nenhuma dessas hipóteses em que a investigação restou deficiente em enxergar os interesses reparatórios das vítimas, houve manifestação do Ministério Público requisitando o retorno dos autos à Delegacia de Polícia para que abordasse esse assunto. Tampouco essa diligência constou em cota de oferecimento à denúncia, na forma de diligência a ser realizada no curso da ação penal.

Gráfico 2 – Requerimentos do MP para diligências policiais

REQUERIMENTO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA RETORNO DOS AUTOS À DELEGACIA DE POLÍCIA PARA APURAR OS DANOS MATERIAIS E MORAIS SOFRIDOS PELA VÍTIMA



Fonte: elaborado pelo autor.

Em seguida, cumpre-nos analisar os processos em que o Ministério Público registrou, na denúncia, pedido expresso de reparação dos danos, nos termos do art. 387, IV do CPP. Dentre todos os processos levados a plenário para julgamento pelo Tribunal Popular, que totalizaram 176, verificamos que em apenas 31 deles houve requerimento do Ministério Público nesse sentido, conforme se extrai da seguinte tabela:

Tabela 5 – Pedidos expressos do MP de reparação dos danos na denúncia

| | JÚRIS ANALISADOS | PEDIDO EXPRESSO DE REPARAÇÃO NA DENÚNCIA |
|----------------|------------------|--|
| 1ª Vara | 47 | 16 |
| 2ª Vara | 32 | 6 |
| 3ª Vara | 45 | 7 |
| 4ª Vara | 14 | 2 |
| 5ª Vara | 38 | 0 |
| TOTAL | 176 | 31 |

Fonte: elaborada pelo autor.

Assim, de todas as denúncias de crimes dolosos contra a vida promovidas pelo Ministério Público que tiveram seu mérito julgado entre os meses de junho a setembro do ano de 2023, em apenas 17,6% delas houve pedido expresso de reparação dos danos materiais e morais pela vítima ou familiares. À exceção de apenas um único processo⁵⁴¹, todas as demais denúncias foram oferecidas após a alteração legislativa promovida pela Lei nº 11.719/08 que deu redação ao art. 387, IV do CPP para determinar ao juiz a necessidade de fixar o valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido. Desconsiderando o referido processo, a proporção não apresenta alteração substancial, consolidando uma percentual de 17,7% apenas de denúncias com menção expressa à reparação dos danos. O seguinte gráfico ilustra os referidos dados:

Gráfico 3 – Requerimento expresso de reparação de danos pelo MP na denúncia



Fonte: elaborado pelo autor.

⁵⁴¹ Tratou-se do Processo Nº 0987797-47.2000.8.06.0001, julgado pela 1ª Vara do Júri, cuja denúncia foi ofertada no ano de 2002.

Ocorre que, mesmo com pedido expresso do Ministério Público em 17,7% dos casos possíveis, o número de sentenças penais condenatórias oriundas de condenação pelo tribunal do júri que fixaram efetivamente indenização pelos danos sofridos pela vítima foi bem menor que o aludido percentual. Para realizar essa análise, esboçamos um paralelo entre o total de condenações nos crimes dolosos contra a vida, para, em seguida, aferir em quantas dessas condenações o Juízo, ao sentenciar, se deparou com pedido expresso de reparação dos danos formulado pelo Ministério Público na denúncia. Depois, analisamos quantas dessas sentenças enfrentaram efetivamente o tema de reparação do dano em capítulo próprio para, finalmente, dentre estas, a quantidade dos éditos condenatórios que efetivamente fixaram. Obtivemos os seguintes dados:

Tabela 6 – Sentenças condenatórias e o capítulo sobre a reparação dos danos

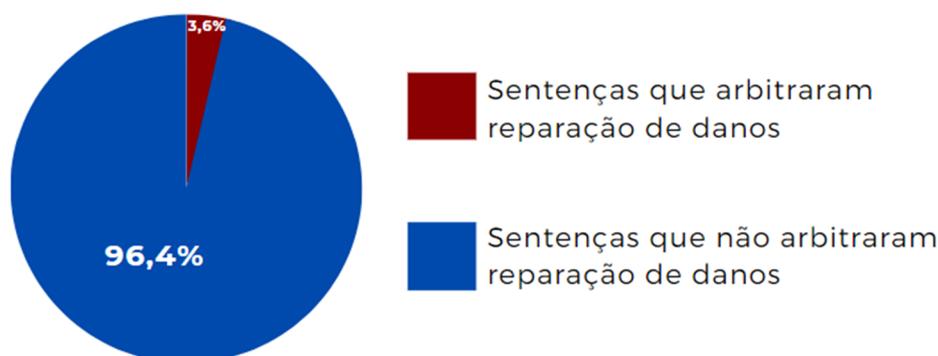
| | TOTAL DE CONDENAÇÕES DE CRIME DOLOSO CONTRA A VIDA | CONDENAÇÕES POR CRIME DOLOSO COM PEDIDO EXPRESSO DE REPARAÇÃO DO DANO NA DENÚNCIA | SENTENÇAS CONDENATÓRIAS QUE TROUXERAM CAPÍTULO SOBRE REPARAÇÃO DO DANO | SENTENÇAS CONDENATÓRIAS QUE FIXARAM A REPARAÇÃO DO DANO |
|----------------|---|--|---|--|
| 1ª Vara | 33 | 15 | 0 | 0 |
| 2ª Vara | 22 | 3 | 2 | 0 |
| 3ª Vara | 30 | 5 | 3 | 2 |
| 4ª Vara | 6 | 1 | 2 | 2 |
| 5ª Vara | 19 | 0 | 0 | 0 |
| TOTAL | 110 | 24 | 7 | 4 |

Fonte: elaborada pelo autor.

Percebe-se que, mesmo quando o Ministério Público formaliza o pedido expresse de reparação de danos na denúncia, o Tribunal do Júri, em encargo atribuído ao Juiz Presidente, na imensa maioria das hipóteses não se digna de sequer enfrentar o tema na sentença, silenciando no referido aspecto. De todas as condenações de crime doloso contra a vida, apenas em 3,6% vimos ser observado o direito à reparação do dano ser concedido na sentença, conforme seguinte gráfico:

Gráfico 4 – Relação entre as condenações por crime doloso contra a vida e reparação dos danos

**RELAÇÃO ENTRE O TOTAL DE SENTENÇAS PENAIS CONDENATÓRIAS E A
FIXAÇÃO DE INDENIZAÇÃO EM FAVOR DA VÍTIMA OU FAMILIARES**



Fonte: elaborado pelo autor.

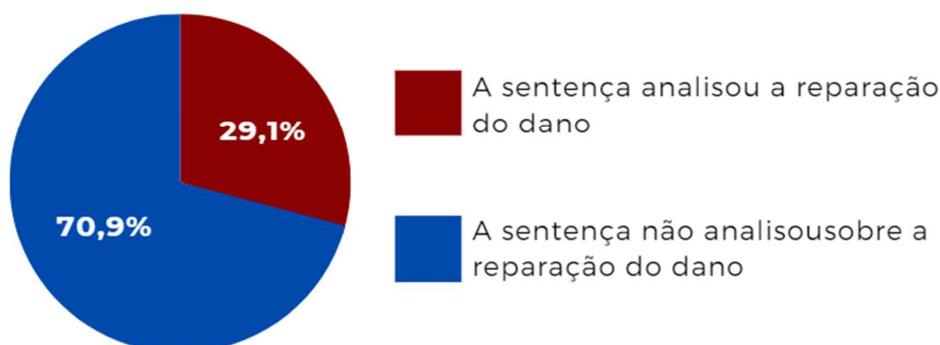
É natural que nem todas as sentenças condenatórias tenham fixado reparação mínima dos danos às vítimas ou familiares, principalmente considerando que o juiz está adstrito ao princípio da correlação, ou seja, não é possível que fixe indenização caso sequer tenha sido pedido expressamente na denúncia a reparação dos danos, razão pela qual o percentual acima, em números brutos, não ter sua culpa imputada ao Poder Judiciário.

Igual conclusão não é possível tomar nos casos em que o Ministério Público expressamente pediu a reparação de danos na denúncia, hipótese em que cabe ao Poder Judiciária enfrentar o pedido em capítulo da sentença. Como já expusemos, em que pese seja necessária a produção probatória pelos atores processuais acerca dos danos materiais, algo que raramente ocorre, no que tange aos danos morais, pela sua qualidade *in re ipsa*, seria possível que o Juiz Presidente do Tribuna do Júri fixasse indenização ainda que mediante apenas do pedido exposto na inicial.

Entretanto, observamos que, mesmo quando o Ministério Público faz regulamente o pedido de reparação de danos na denúncia, na grande parte dos casos o Judiciário sequer enfrenta o tema na sentença, ou seja, o Juiz Presidente não só deixa de fixar como, de forma até mais grave, silencia a respeito. Vejamos o gráfico:

Gráfico 5 – Sentenças que analisaram a reparação do dano

SENTENÇAS QUE ANALISARAM A REPARAÇÃO DO DANO QUANDO HOUVE PEDIDO EXPRESSO NA DENÚNCIA, INDEPENDENTEMENTE DE TER OU NÃO FIXADO A INDENIZAÇÃO

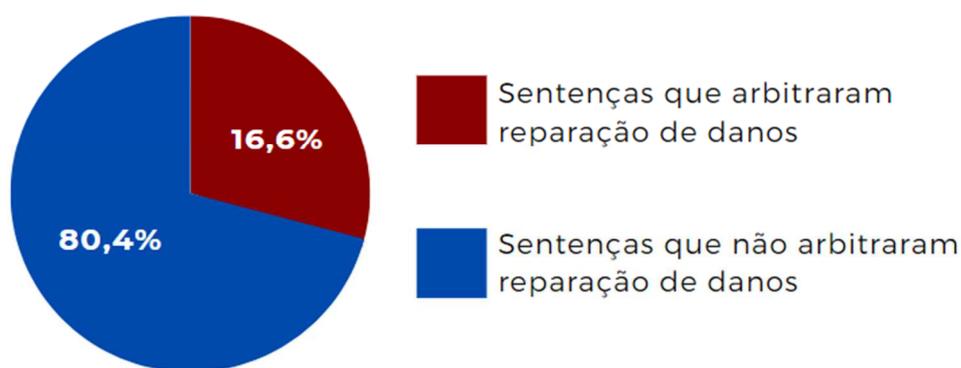


Fonte: elaborado pelo autor.

Em diferentes graus, isso aconteceu em todas as Varas. De todas as vezes em que houve possibilidade de arbitramento de reparação de danos pelo Poder Judiciário, especialmente danos morais, pela natureza *in re ipsa*, apenas em 16,6% dos processos o Juiz Presidente do Tribunal do Júri se incumbiu de fixar a indenização, de acordo com o seguinte gráfico:

Gráfico 6 – Sentenças que implementaram a reparação do dano

SENTENÇAS QUE ANALISARAM A REPARAÇÃO DO DANO QUANDO HOUVE PEDIDO EXPRESSO NA DENÚNCIA, E EFETIVAMENTE O IMPLEMENTARAM



Fonte: elaborado pelo autor.

Na 1ª Vara do Júri, por exemplo, mesmo com pedido expresso em 15 processos, em nenhum processo o Juízo sequer chegou a tratar sobre o tema na sentença penal condenatória, silenciando a esse respeito.

Já na 2ª Vara do Júri, com 3 processos envolvendo pedido expresso, somente 2 sentenças trouxeram capítulo tratando da reparação do dano, mas no sentido de negar o direito, todos sob o fundamento de ausência de instrução probatória específica sobre os danos sofridos. Inobstante o dano material não poder ser aferido sem instrução probatória, conforme já tratamos

anteriormente, o mesmo não acontece com o dano moral nos casos em que este tem natureza *in re ipsa*, como é possível sustentar nas hipóteses de crime doloso contra a vida.

Na 3ª Vara do Júri, de 5 condenações com pedido indenizatório expresso do Ministério Público, em 3 o Juízo capitulou o tema na sentença, para conferir o direito em duas oportunidades. No único processo em que não houve fixação, o argumento foi o mesmo já exposto acima – ausência de instrução probatória -, a despeito da possível análise dos danos morais. As duas sentenças que concederam reparação de danos, as firmou em caráter de danos morais no valor de R\$ 13.500,00, utilizando como parâmetro ao art. 3º, I da Lei n.º 6.194/94, que trata do valor a ser pago aos familiares em caso de morte provocada por um acidente auto, por analogia.

Na 4ª Vara do Júri, apesar de termos apenas uma condenação em que houve pedido expresso de indenização aos familiares pelo Ministério Público, nos deparamos com duas sentenças as concedendo. Na primeira delas, em que houve pedido expresso do Ministério Público, o valor fixado foi de R\$ 13.500,00, a título de danos morais, usando, igualmente como ocorreram com as concessões reparatórias oriundas da 3ª Vara do Júri, a aplicação analógica dos parâmetros do art. 3º, I da Lei n.º 6.194/94. Na outra sentença, o Juízo entendeu pela possibilidade da concessão de danos morais aos familiares de ofício, sem pedido expresso do Ministério Público na denúncia, no valor de R\$ 10.000,00 para cada herdeiro.

Na 5ª Vara do Júri, em nenhuma condenação sequer havia pedido expresso do Ministério Público sobre a reparação dos danos, bem como nenhuma sentença sequer enfrentou o tema, não sendo arbitrado nenhum valor.

Dessa forma, ainda quando o Ministério Público registra pedido expresso de reparação de danos da denúncia e o Poder Judiciário efetivamente enfrenta a questão, em 42,8% dos casos, o Juiz Presidente nega o direito por não haver instrução probatória específica, ignorando inclusive, quanto aos danos morais, a sua natureza *in re ipsa*. Confira-se o gráfico:

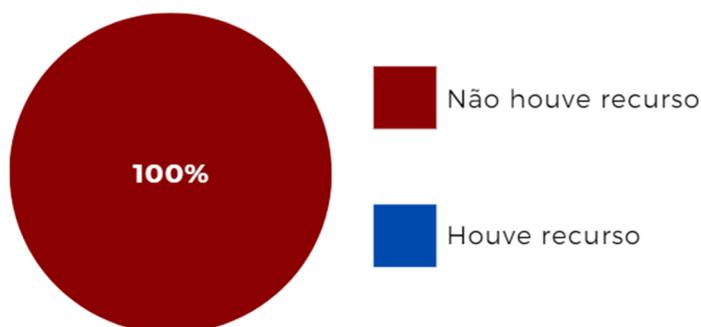
Gráfico 7 – Reparação de danos na sentença quando há pedido expresso do MP
SENTENÇAS QUE ENFRENTAM A REPARAÇÃO DOS DANOS CAUSADOS À VÍTIMA QUANDO HÁ PEDIDO EXPRESSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO



Fonte: elaborado pelo autor.

Em nenhuma das hipóteses em que o Ministério Público pediu reparação dos danos na denúncia e a sentença penal condenatória não a concedeu, que silenciado a respeito, que a expressamente denegando, verificamos a interposição de qualquer recurso do *Parquet* com a finalidade de combater a omissão ou a injustiça da sentença para o direito legal das vítimas e familiares.

Gráfico 8 – Recursos do MP referente à reparação dos danos
RECURSOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO CONTRA SENTENÇAS QUE NÃO FIXARAM REPARAÇÃO DOS DANOS



Fonte: elaborado pelo autor.

Como valor médio de indenização fixado, obtivemos a quantia de R\$ 12.625,00. Ou seja, ainda na hipótese remota de sucesso processual quanto à questão reparatoria, vislumbramos que o resultado prático é uma indenização bastante aquém dos danos que são provocados à vítima, em especial os de ordem moral.

5.7.4 Decodificando os resultados através de uma análise crítica das razões

Cumpre-nos agora buscar uma conexão entre a abordagem teórica que tratamos ao longo desta pesquisa bibliográfica com os resultados obtidos na pesquisa empírica acerca de eficácia material da norma constante do art. 387, IV do CPP nos crimes dolosos contra a vida.

Com muito pesar, podemos concluir que logramos êxito em comprovar a hipótese que fixamos no projeto de pesquisa deu origem a esta dissertação, ou seja, a vítima é invisibilizada durante a persecução penal. Não se ignora, todavia, a crescente onda de preocupação com a situação vítima e sua condição de vulnerabilidade durante o processo penal, um tema que tem sido cada vez mais debatido.

Da mesma forma, também é preciso enaltecer as inovações legislativas que têm sido implementadas em prol das vítimas criminais, incluindo a norma objeto de análise (art. 387, IV do CPP), muito embora saibamos que a mera previsão legislativa de um determinado direito nem sempre é suficiente para que ele tenha eficácia material. É o que verificamos que acontece com a norma em comento.

Não podemos afirmar que a vítima é invisibilizada no Tribunal do Júri, pois, especialmente nesse procedimento, ela é figura constantemente lembrada, especialmente durante os debates em plenário. A vida que foi ceifada, os familiares que não poderão mais gozar da companhia do ente querido, os filhos que choram a perda de um pai ou mãe. Não é preciso realizar nenhuma pesquisa empírica para chegarmos à conclusão que a vítima tem sua lembrança verbalizada em plenário, é figura que está no centro dos debates orais, e, não raramente, naquele mesmo palco, também tem sua memória vitimada com ofensas à sua honra e dignidade, não lhe sendo viável exercer sequer o contraditório, especialmente quando ela já não se encontra mais no campo terreno.

Entretanto, em que pese a sua importância como reforço argumentativo em plenário, a tutela de seus direitos reparatórios se revelou bastante aquém do que se espera de uma persecução penal com raízes constitucionais e convencionais. Embora tenhamos sustentado neste capítulo a possibilidade de mecanismos alternativos de resolução de conflitos como ferramenta eficaz para a satisfação dos interesses das vítimas, no caso dos crimes dolosos contra a vida, é difícil articular algo diferente da sanção penal clássica – pena de prisão – para os ofensores, especialmente na hipótese de crime consumado. Ao se buscar uma condenação de um réu que tirou a vida de um inocente, a acusação está implementando o direito humano da vítima à punição do seu algoz.

Ocorre a ótica clássica do sistema retributivo não é suficiente para se afirmar que a vítima teve seus direitos efetivamente tutelados. Sem embargo do que já foi exposto à exaustão ao leitor durante todo este trabalho científico, a tutela à vítima não se resume à busca pela condenação. E, aqui, utilizamos a lente da reparação dos danos para expor as chagas do nosso sistema de tutela vitimária, que ainda se encontra extremamente deficiente no papel de enxergar o valor da vítima na persecução penal.

Infelizmente, mas não para nossa surpresa, tudo o que foi exposto teoricamente através da pesquisa bibliográfica se confirmou, tal como, hipoteticamente, conjecturamos quando da elaboração do projeto de pesquisa que deu origem a esta dissertação: a vítima não é figura central na persecução penal.

O primeiro dado é alarmante: nenhum inquérito policial que investigou um crime de doloso contra a vida se ocupou de buscar, através do depoimento da vítima ou dos seus herdeiros, quantificar os danos materiais provocados e mencionar os danos morais sofridos em razão da infração.

Os danos materiais e morais sofridos pela vítima não são elementos avaliados nas investigações de um crime. Nos inquéritos policiais que apuramos, a vítima ou seus familiares, quando chamados a depor, o foram tão apenas com o objetivo de fornecer provas para subsidiar os indícios de autoria e materialidade do crime. Os prejuízos financeiros e os danos morais sofridos não foram dignos de apontamentos, ainda que superficiais.

A explicação para isso já foi prestada amplamente durante os capítulos anteriores: a despeito de estarmos atualmente em um movimento de revalorização da vítima no processo penal, a ótica do processo penal ainda se encontra assentada nas raízes do período neutralizador, que também é chamado de confisco do conflito, onde, com esteio na teoria do bem jurídico, a vítima foi colocada à margem dos interesses do Estado na solução do conflito.

A referida falha não pode ser imputada exclusivamente à Polícia Civil. Conforme já explicamos no tópico anterior, uma das alternativas que estão à disposição do Ministério Público quando o inquérito policial aporta na Promotoria de Justiça é a requisição de retorno à Delegacia de Polícia para realização de diligências imprescindíveis para o oferecimento da denúncia. O pedido de reparação é item necessário na exordial acusatória para que vítimas ou ser herdeiros tenham seus danos reparados, o que nos leva à conclusão lógica que é dever do Ministério Público, na falha da Polícia Civil em apurar esses prejuízos, requisitar que esses aspectos sejam levantados nas investigações, quando não o preferir fazer diretamente em audiência extrajudicial com as vítimas ou familiares.

Além disso, ao Ministério Público cumpre o encargo constitucional de exercer o externo da atividade policial (art. 129, VII da CF/88), de forma que a crítica sobre a invisibilidade que a Polícia Civil confere à vítima criminal sob o aspecto reparatório deve ser compartilhada com a referida instituição.

Não possuindo elementos suficientes para quantificar o pedido de danos materiais, pode-se imaginar que seria de rigor registrar o único pedido que sobejou possível, que se refere aos danos morais em razão do crime praticado. Entretanto, de todos os processos levados à plenário do júri e que tiveram denúncias ofertadas depois de 2008, em apenas 17,7% houve pedido expresso de reparação, o que reforça que a invisibilidade da vítima na fase inquisitorial costuma ser reforçado pela instituição que, primordialmente, deveria acolher os seus direitos.

Institucionalmente, o Ministério Público já vem procurando reverter esse quadro de desatenção à vítima criminal. No âmbito do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), órgão de controle externo de todas as unidades do Ministério Público nacional, foi lançado, no ano de 2022, o “Movimento Nacional em Defesa das Vítimas”⁵⁴², que tem o objetivo de desenvolver ações coordenadas de mobilização, capacitação e incentivo a boas práticas para proteger e assegurar os direitos de vítimas de violência, omissão, ódio, intolerância, insegurança, desigualdade ou exploração.

O referido projeto, de âmbito nacional, além de sensibilizar acerca da importância de a vítima ter seus direitos efetivamente tutelados pelo Ministério Público, que deve ser o seu primeiro tutor, tem trazido às dezenas de instituições e aos seus membros e servidores ferramentas, protocolos e fluxos eficazes de atuação.

O primeiro passo para a correção a uma falha passa por reconhecê-lo e, em razão disso, há de se exaltar a busca pelo Ministério Público no sentido de corrigir um erro histórico em invisibilizar a vítima criminal. Entretanto, não verificamos iniciativas semelhantes dos outros órgãos inseridos na persecução penal, em especial a Polícia Civil e Poder Judiciário, que também se mostraram falhos na atenção vitimária.

Os dados que obtivemos no estudo empírico evidenciam que ainda há muito espaço para que o Ministério Público evolua nessa temática. Com efeito, enquanto instituição à qual a Constituição Federal incumbiu expressamente a tutela de dos direitos individuais indisponíveis (art. 127), bem como lhe encarregou do exercício da ação penal pública (art. 129, I), é de se concluir que a tutela da vítima penal é papel primário do Ministério Público, sem prejuízo de que outras instituições se somem no esforço de prevenir e reprimir a vitimação.

⁵⁴² O projeto pode ser consultado no seguinte endereço eletrônico: <https://www.cnmp.mp.br/defesadasvittimas/>

Também é possível mencionar que o Poder Judiciário também é igualmente responsável pela invisibilidade da vítima no processo penal, afirmação que encontra respaldo na pesquisa empírica que apresentamos no tópico anterior. Muito embora se reconheça que as falhas dos atores da persecução penal não podem ser compartilhadas pelo Poder Judiciário, pois o Juiz não pode atropelar as garantias constitucionais dos acusados para implementar os direitos das vítimas, observamos que, em muitos casos, era possível fixar a indenização mínima por reparação dos danos, mas o Juiz Presidente do Tribunal do Júri não o fez.

Assim, apesar de o Poder Judiciário não poder arbitrar reparação de danos quando inexistir pedido expresso do Ministério Público na denúncia, de acordo com os filtros jurisprudenciais já estudados, nós registramos na pesquisa empírica que não houve implementação adequada do direito reparatório mesmo quando houve menção na exordial acusatória.

Na ampla maioria dos processos, o capítulo sobre reparação dos danos, que é tema que deve ser obrigatoriamente enfrentado na sentença por força do art. 387, IV do CPP, é esquecido pelo Poder Judiciário, que não o menciona, quer para conceder, ou para, motivadamente, o denegar. Inclusive, ainda quando há pedido expresso, conforme foi apontado, a Poder Judiciário se esquece que existe uma vítima no processo que precisa ter seus direitos abordados na sentença, não tecendo considerações sobre a reparação em capítulo próprio. E, quando se lembra, muitas vezes se equivoca em não reconhecer a natureza *in re ipsa* dos danos morais no crime de homicídio, exigindo instrução probatória a respeito.

A cadeia de omissão com a vítima na persecução penal é extremamente cruel quando vista sob a lente da reparação dos danos, que podem ser claramente observados a partir da sequência a seguir: 1) O Delegado não apura os danos materiais e morais sofridos pelas vítimas (em nossa pesquisa, esse dado correspondeu a 100% dos casos); 2) O Ministério Público silencia sobre a reparação ao oferecer a denúncia (82,3% dos casos) e não pede apurações complementares sobre essa questão à Polícia Civil (100% dos casos); 3) Quando pede expressamente na denúncia, ainda que condenado, na imensa parte das vezes o Judiciário sequer enfrenta a reparação dos danos na sentença (70,9% dos casos); 4) Na hipótese de enfrentar, ainda assim corre-se o concreto risco de o Poder Judiciário não arbitrar sequer danos morais por não haver instrução probatória específica e ignorar o caráter *in re ipsa* do direito (42,8% dos casos); 5) E, ainda quando arbitrados, percebemos que os valores são ínfimos quando tomamos como parâmetro o bem jurídico que restou violado (média de R\$ 12.625,00); 6) Quando não arbitrados, o Ministério Público não recorre da sentença para buscar corrigir esse aspecto (100% dos casos).

Em síntese, o que podemos concluir da nossa pesquisa empírica: se um homicídio for praticado, temos uma ínfima chance de a vítima ou seus familiares terem para si garantidos o direito à reparação mínima pelos danos causados com a infração (3,6% dos casos). E, a despeito de não ser um dado que foi objeto da nossa pesquisa, não podemos ser levianos em afirmar que o percentual de 3,6% foram os casos em que a vítima foi efetivamente indenizada. É que, conforme já apontamos, em regra, os criminosos no Brasil são pessoas de baixa classe social, razão pela qual o risco de insolvência é altíssimo, e o Estado brasileiro até hoje não implementou o fundo nacional de assistências às vítimas do art. 245 da Constituição Federal.

6 – CONCLUSÃO

Um processo penal com raízes constitucionais e convencionais não pode negligenciar da pessoa que foi imediatamente lesada com a prática criminosa. A vítima não é invisibilizada no processo penal porque tem seus direitos reparatórios negligenciados. Para alcançar a exata compreensão do lugar que a vítima ocupa na persecução penal é necessário assimilar raciocínio inverso: a vítima tem seus interesses reparatórios negligenciados durante o processo penal porque ela é invisibilizada.

A lente da reparação dos danos foi utilizada no presente estudo científico tão apenas com o escopo de expor as chagas do nosso sistema de justiça criminal, que historicamente tem ignorado a vítima criminal, colocando-a à margem das preocupações centrais do conflito durante a persecução penal.

O que queremos afirmar, em palavras mais claras, é que a reparação do dano é apenas um filtro a partir do qual nós podemos enxergar o grau de invisibilidade da vítima na persecução penal. A reparação dos danos não é causa da invisibilidade, mas apenas uma de suas consequências imediatas.

Como foi estudado, a reparação dos danos pelo autor do delito é apenas um dentre tantos outros direitos que devem ser resguardados à vítima. Ladeado à reparação, se situam diversos deveres, como o de assistência, informação, participação, acesso à justiça, tratamento equitativo, indenização pública etc., todos eles reconhecidos no âmbito nacional e internacional.

Através da lente da reparação é possível concluir, sem nenhum forçoso exercício interpretativo, que os direitos da vítima, em sua integralidade, continuam a ser ignorados pelo Estado. A extensão da afirmação aos demais direitos tem razão de existir porque a razão que leva a vítima a ter seus interesses reparatórios negligenciados constitui é a mesma para que todos os demais também o sejam: a vítima é pessoa invisibilizada durante a persecução penal.

O principal fundamento da invisibilidade tem raízes históricas e remonta ao período em que o conflito foi confiscado pelo Estado, que tomou para si o exercício do *jus puniendi*, neutralizando a figura da vítima. Essa ótica que o movimento vitimológico vem buscando incessantemente desconstruir ainda está entranhada de forma bastante sólida em nossa persecução penal. A negligência na questão reparatória torna isso bem claro: ainda que a legislação ofereça toda sorte de mecanismos que busquem viabilizar a pretensão reparatória, ela não se efetiva porque a visão do processo penal é monocular, ou seja, o réu costuma ser sujeito solitário no centro das atenções.

Nossa inquietação com as pretensões das vítimas não se restringe tão apenas ao aspecto reparatório, que foi utilizado tão apenas com o escopo de possibilitar, através do referido viés, uma anatomia do tratamento que lhe é conferido de maneira conglobante. Reparar o dano é espectro de tutela mínima, pois significa somente uma tentativa de compensar, através de prestação equivalente (pecúnia), e de forma mínima, as ofensas causadas. Compreende tão apenas devolver algo bem menor do que dela foi subtraído pelo autor do crime. Se o Estado falha na mera missão de reparar o dano, não temos razão alguma para crer que seus demais direitos são observados.

A índole meramente retributiva do processo penal é um fator que tem contribuído para afastar a vítima do centro das preocupações político-criminais. A punição do autor do delito, termo que, na linguagem jurídica, sempre esteve intimamente relacionada com a ideia de prisão e encarceramento, também não pode ser ignorada como forma de se tutelar o direito da vítima criminal. Entretanto, atualmente, se vislumbrem outros mecanismos que, em muitos casos, podem ofertar uma resposta mais eficiente ao autor do delito sem descuidar das preocupações com a vítima.

Mesmo sob o aspecto da punição, observamos que o Estado brasileiro não tem obtido sucesso no seu dever de punir os autores de crimes, afirmação que tem como suporte as dez condenações que a Corte IDH proferiu contra o Brasil e que foram abordadas no tópico 4.3, que tiveram como cenário a nossa deficiência em promover uma persecução penal profícua em gerar resultados concretos contra autores de graves delitos.

Nesse contexto de invisibilidade do ofendido, não podemos ignorar a existência de ferramentas que estão ao dispor do processo penal e que têm o condão de apresentar respostas eficazes aos acusados e que sejam, ao mesmo tempo, inclusivas às vítimas criminais. Assim, ante as sucessivas falhas que o sistema retributivo tem provocado a ambos sujeitos, reforça-se a ideia de que a punição, sem descuidar da sua premência, especialmente em fatos graves, pode ser substituída pelo propósito de responsabilização, conceito mais maleável para integrar uma diversidade de respostas penais ao crime praticado, incluindo a questão reparatória como via alternativa, ou mesmo cumulada com outras medidas.

O Estado, ao se omitir na tutela da vítima penal, acaba por reforçar os processos de vitimização, principalmente quanto ao aspecto da vitimização secundária. A preocupação clássica do Estado de buscar uma solução para o fato criminoso através dos destinos que vai determinar ao acusado não está errada, mas é insuficiente. Quando um delito ocorre, o Estado deve enxergá-lo através de uma dupla lente, de igual foco, e se perguntar: “O que vamos fazer com o acusado *e com a vítima* desse crime?”. Apenas a partir do momento em que a vítima

ocupar o papel central das preocupações iniciais da persecução penal, poderemos afirmar que os seus direitos caminham rumo à concreta implementação.

Não podemos ignorar o avanço da legislação no sentido de conferir suporte normativo à tutela vitimária. A Lei dos Juizados Especiais (Lei nº 9.099/95) foi um importante marco vitimológico no nosso país ao viabilizar mecanismos que trouxeram a vítima ao diálogo durante a persecução penal e lhe integraram nas discussões político-criminais. Sobre ao assunto, é preciso registrar que legislações voltadas a vítimas de gênero tem se expandido no nosso ordenamento jurídico, como: a Lei Maria da Penha (Lei nº 11.343/06), que se tornou uma importante ferramenta de repressão à violência doméstica e familiar contra a mulher; o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), que mudou o paradigma do código menorista para reforçar a necessidade de tutela ampla e integral às crianças e adolescentes; a Lei do Sistema de Garantia de Direitos da Criança e do Adolescente Vítima ou Testemunha de Violência (Lei nº 13.431/17), que prevê medidas específicas de escuta especializada e depoimento especial para crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência; a Lei do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Lei nº 12.594/12), que protege os direitos de jovens em conflito com a lei, mas também estabelece mecanismos de reparação às vítimas desses jovens. o Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/03), que possui instrumentos próprios para a tutela de pessoa idosa; a Lei de Proteção às Vítimas e Testemunhas (Lei nº 9.807/99), que estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, institui o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas e dispõe sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal; a Lei do Minuto Seguinte (Lei nº 13.721/08), que traz disposições específicas sobre o atendimento emergencial, integral e multidisciplinar às vítimas de violência sexual; A Lei Mariana Ferrer (Lei nº 14.245/21), que teve por objetivo prevenir e reprimir a revitimização durante a persecução penal; dentre outras.

Registrada a evolução normativa na tutela vitimária, no estudo que fizemos a partir da inovação legislativa trazida a partir da nova redação do art. 387, IV do CPP pela Lei nº 11.719/08, foi possível observar a materialização daquilo que Marcelo Neves denominou de legislação simbólica, ou seja, trata-se de uma importante inovação legislativa que visa conferir uma atenção prioritária à reparação dos danos à vítima pela persecução penal, mas que conta com uma diminuta eficácia material. O art. 387, IV do CPP é uma espécie do que o autor

classificou como “legislação-álibi”⁵⁴³, pois confere a falsa aparência de que o interesse reparatório da vítima foi resolvido a partir da referida norma quando, em verdade, observamos que o problema persiste em sua essência.

Além disso, conforme apontamos, o legislador já incorre em 35 anos de mora em implementar o art. 245 da CR/88, que versa sobre o fundo de indenização às vítimas de crimes, em uma omissão flagrantemente inconstitucional, em que todos os legitimados para a propositura para Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADIO) compartilham de igual de indiferença.

A vítima merece ser tratada com respeito e seriedade pelo nosso sistema de justiça. É preciso que se recorde o óbvio: a pessoa vitimada é titular de direitos humanos e fundamentais. Por imperativo de lhe conferir o essencial atributo de dignidade de sua pessoa humana, cumpre ao Estado superar a visão monocular da persecução penal e enxergar na vítima uma pessoa que necessita de suporte para suas pretensões.

Os direitos das vítimas não podem mais ser tratados sob a ótica dualista e simplória de serem colocados em posição antagônica aos direitos dos acusados no processo penal, bandeira que somente tem contribuído ainda mais para que a vítima esteja sempre à sombra do seu algoz nos debates político-criminais.

O estudo sobre a invisibilidade da vítima na persecução penal expressa uma distorção do sistema de justiça criminal, que prioriza o antagonismo entre vítima e acusado típico do sistema adversarial em detrimento de buscar conferir soluções que atendam juridicamente ambos os direitos, inobstante que os interesses pessoais possam ser díspares em cada caso concreto. Da mesma forma que não se pode, a pretexto de conferir atenção à vítima, subtrair direitos e garantias conquistadas historicamente pelos acusados, também não é possível retirar a vítima das lições teóricas do garantismo penal.

A invisibilidade da vítima é um fenômeno que envolve todos os espaços de poder e que não se restringe ao universo jurídico, pois se prolifera também no campo social e cultural,

⁵⁴³ Ensina o autor: “A legislação-álibi decorre da tentativa de dar a aparência de uma solução dos respectivos problemas sociais ou, no mínimo, da pretensão de convencer o público das boas intenções do legislador. Como se tem observado, ela não apenas deixa os problemas sem solução, mas além disso obstrui o caminho para que eles sejam resolvidos. A essa formulação do problema subjaz uma crença instrumentalista nos efeitos das leis, conforme a qual se atribui à legislação a função de solucionar os problemas da sociedade. Entretanto, é evidente que as leis não são instrumentos capazes de modificar a realidade de forma direta, eis que as variáveis normativo-jurídicas se defrontam com outras variáveis orientadas por outros códigos e critérios sistêmicos (v. infra Cap. III 1.) A resolução dos problemas da sociedade dependeria então da interferência de variáveis não normativo-jurídicas. Parece, portanto, mais adequado afirmar que a legislação-álibi destina-se a criar a imagem de um Estado que responde normativamente aos problemas reais da sociedade, sem, contudo, normatizar as respectivas relações sociais.”. NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 3. ed., São Paulo: Editora Acadêmica, 1994, p. 39.

refletindo uma estrutura ampla de comando e controle. A marginalização da vítima durante a persecução penal foi manifestada em nosso estudo através da negligência das pretensões reparatorias, mas costuma ser observada em todas as fases procedimentais.

A exclusão da vítima provoca diversas implicações negativas para o sistema de justiça criminal, enfraquecendo a sua legitimidade e criando um campo fértil para que as suas ferramentas sejam questionadas. Nesse aspecto, se multiplicam estudos de novas teorias e sistemas jurídicos que substituam o nosso aparelho atual, que vão desde ideias abolicionistas a pensamentos que buscam corrigir as falhas clássicas, como a justiça restaurativa.

Em conclusão, trata-se de questão extremamente complexa e multifacetada, que impõe árduos desafios e exige uma profunda revisão das estruturas arquitetadas de tutela à vítima criminal, que passa não só pelos procedimentos, mas principalmente pela mentalidade que rege o nosso sistema de justiça e seus operadores. Conferir atenção com a vítima criminal não é apenas um imperativo de legalidade. É uma questão humanitária e extremamente necessária para legitimar o nosso sistema de justiça como genuinamente justo e eficaz.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal: em conformidade com a teoria do direito**. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2022.

ALLER, Germán. **El Derecho Penal Y La Víctima**. Montevideo: B de F, 2015.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Manual de Processo Penal**. 2. ed., São Paulo: Ed. Juspodivm, 2022.

BARROS, Flaviane de Magalhães. **A participação da vítima no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BARROSO, Luis Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Belo Horizonte: Forum, 2016.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 3. ed. Leme: Edijur, 2021.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. **O rendimento da teoria do bem jurídico no direito penal atual**. Revista Liberdades, v. 1, 2009.

BERISTAIN, Antonio. **Nova criminologia à luz do Direito Penal e da Vitimologia**. Tradução Cândido Furtado Maia Neto. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 35. ed. São Paulo: Malheiros: 2020.

BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

BOSCO, Estevão. **Sociedade de risco: introdução à sociologia cosmopolita de Ulrich Beck**. São Paulo: Annablume Editora, 2016.

BRAGA, Romulo Rhemo Palilot (coord.). **Direito penal da vítima: justiça restaurativa e alternativas penais na perspectiva da vítima**. Curitiba: Juruá, 2015, p. 93.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Seção). **REsp n. 1.675.874/MS**, Rel. Ministro Rogério Schietti Cruz, 28 de janeiro de 2018. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=77414800&num_registro=201701403043&data=20171024&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 13 out. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). **Resp 1.292.141-SP**. Rel. Min. Nancy Andrigui. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=26121824&num_registro=201102652643&data=20121212&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 13 out. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). **Resp 1.292.141-SP**. Rel. Min. Nancy Andrigui. Disponível

em:https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=26121824&num_registro=201102652643&data=20121212&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 13 out. 2023

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). **Apn 634/RJ**. Rel. Min. Felix Fischer, 21 de março de 2012. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/21606555/inteiro-teor-21606556>. Acesso em: 13 out. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). **Apn 634/RJ**. Rel. Min. Felix Fischer, 21 de março de 2012. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/21606555/inteiro-teor-21606556>. Acesso em: 13 out. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quarta Turma). **AgInt no REsp n. 1.165.102/RJ**. Rel. Min. Raul Araújo, 17 de novembro de 2016. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=66134407&num_registro=200902189785&data=20161207&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 13 out. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quinta Turma). **AgRg no AREsp n. 2.068.756/TO**. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/electronico/documento/mediado/?documento_tipo=5&documento_sequencial=171422457®istro_numero=202200436330&peticao_numero=202200813766&publicacao_data=20221128&formato=PDF. Acesso em: 13 out. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quinta Turma). **AgRg no AREsp n. 2.068.756/TO**. Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, 22 de novembro de 2022. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/electronico/documento/mediado/?documento_tipo=5&documento_sequencial=171422457®istro_numero=202200436330&peticao_numero=202200813766&publicacao_data=20221128&formato=PDF. Acesso em: 13 out. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quinta Turma). **AgRg no REsp n. 2.029.732/MS**. Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, julgado em 22 de agosto de 2023. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/electronico/documento/mediado/?documento_tipo=5&documento_sequencial=205096802®istro_numero=202203066975&peticao_numero=202300378784&publicacao_data=20230825&formato=PDF. Acesso em: 13 out. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quinta Turma). **AgRg no REsp n. 2.029.732/MS**. Rel. Joel Ilan Paciornik., 22 de agosto de 2018. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/electronico/documento/mediado/?documento_tipo=5&documento_sequencial=205096802®istro_numero=202203066975&peticao_numero=202300378784&publicacao_data=20230825&formato=PDF. Acesso em: 13 out. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quinta Turma). **REsp n. 2.029.732/MS**. Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, 22 de Agosto de 2023. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/electronico/documento/mediado/?documento_tipo=5&documento_sequencial=205096802®istro_numero=202203066975&peticao_numero=202300378784&publicacao_data=20230825&formato=PDF. Acesso em: 13 out. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma). **AgRg no REsp n. 1.612.912/SC**. Rel. Reynaldo Soares da Fonseca, 11 de outubro de 2016. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=65927440&num_registro=201601813851&data=20161021&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 13 out. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma). **REsp: 1561276 BA**. Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 18 de junho de 2016. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=61216006&num_registro=201501861681&data=20160915&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 13 out. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma). **RHC 35920 -DF**, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, 20 de novembro de 2014. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=35601353&num_registro=201300564368&data=20140529&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 13 out. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Seção). **REsp n. 1.675.874/MS**. Min. Rogério Schietti, 28 de fevereiro de 2018. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=77414800&num_registro=201701403043&data=20171024&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 13 out. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Seção). **REsp n. 1.675.874/MS**. Min. Rogério Schietti, 28 de fevereiro de 2018. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=77414800&num_registro=201701403043&data=20171024&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 13 out. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). **AREsp: 259222**. Rel. Sidnei Benet, 19 de fevereiro de 2013. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=26775172&num_registro=201202433814&data=20130228&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 13 out. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 18590/MG**. Rel. Min. Hamilton Carvalhido, 25 de fevereiro de 2002. Disponível em: [javascript:inteiro_teor\('/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201201089490&dt_publicacao=20/12/2022%27\)](javascript:inteiro_teor('/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201201089490&dt_publicacao=20/12/2022%27)). Acesso em: 13 out. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp: 1734536 RS 2014/0315038-6**, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 6 de agosto de 2019. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=42959004&tipo_documento=documento&num_registro=201403150386&data=20150202&formato=PDF. Acesso em: 13 out. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **ADPF 347**. Rel. Min. Marco Aurelio, 4 de outubro de 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>. Acesso em: 13 out. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **RE 135328**, Rel. Min. Marco Aurélio, 29 de junho de 1994. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1514025>. Acesso em: 13 out. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **RE: 635659 SP**. Min. Gilmar Mendes. 8 de dezembro de 2011. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/311629388>. Acesso em: 13 out. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). **HC: 98658 PR**. Rel. Min. Carmen Lúcia, 9 de novembro de 2010. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2670803>. Acesso em: 13 out. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **STA 223 AgR/PE** Acórdão de decisão que julgou, em sede de pedido de suspensão de tutela antecipado, a omissão do Estado de Pernambuco na garantia da segurança pública em seu território (inteiro teor). STA 223 AgR/PE. Relator p/ Acórdão, 14 de abril de 2008. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2601694> . Acesso em: 10 set. 2020.

BROWN, Stephen E.; ESBENSEN, Finn-Aage. **Criminology: Explaining crime and its context**. Routledge, 2010.

BRUNO, Anibal. **Direito Penal: parte geral**. Tomo 2. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

BURKE, Anderson. **Vitimologia**. Salvador: Editora Juspodivm, 2019.

CABRAL, Gustavo César Machado. **Ius commune: uma introdução da história do direito comum do medievo à idade moderna**. Rio da Janeiro: Lumen Juris, 2019.

CALHAU, Lélío Braga. **Vítima e o Direito Penal**. 2ª ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.
CÂMARA, Guilherme Costa. **Programa de política criminal: orientado para a vítima do crime**. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

CANOTILHO, J. J. Gomes et al. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CARBASSE, Jean-Marie. **Historie du Droit Pénal et la Justice Criminelle**. Paris, PUF, 2000.
CARNELUTTI, Francesco. **O problema da pena**. Tradução Ricardo Pérez Banega. São Paulo: Editora Pillares, 2015.

CAVALCANTE, André Clarck Nunes; LIMA, Antônio Edilberto Oliveira; PINHEIRO, Igor Pereira; VACCARO, Luciano; ARAS, Vladimir. **Lei Anticrime comentada**. Leme: JH Mizuno, 2020.

CHILDRES, Robert D. 1964, p.444, apud FELIPETO, Rogerio. **Reparação do dano causado por crime**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2001.

DATAFOLHA. Pesquisa nacional de vitimização – sumário executivo SENASP, de 2010-2012. Disponível em: <https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/sua-seguranca/seguranca->

publica/analise-e-pesquisa/download/pesquisa-vitimizacao/pnv-estudo-sobre-vitimizacao.pdf. Acesso em: 11 de out. de 2023.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Para uma dogmática do direito penal secundário**. Um contributo para a reforma do direito penal económico e social português. Direito e Justiça, v. 4, 1989

FABRETTI, Humberto Barrionuevo. **Segurança pública: fundamentos para uma abordagem constitucional**. São Paulo: Atlas, 2014.

FARIAS, Cristiano Chaves de.; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Curso de Direito Civil: responsabilidade civil**. 4. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2017.

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

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Vários tradutores. Vários colaboradores. São Paulo: Revista do Tribunais, 2002.

FISCHER, Douglas. O que é garantismo penal (integral). **Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil**. Salvador: Editora Juspodivm, 2013.

FISCHER, Douglas; PEREIRA, Frederico Valdez. **As obrigações processuais penais positivas: segundo as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. **Corpo negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Brasília. Brasília, 2006.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: PUC/NAU, 1996.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 1987.

GALAND, David. **A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea**. Tradução de André Nascimento. Rio de Janeiro: Reavan, 2008.

GANGONI, Bruno Corrêa. **A Reparação do Dano Material e Moral à Vítima da Criminalidade**. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro n°, 2018.

GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos**. Tradução e notas da primeira parte: Luiz Flávio Gomes. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

GOMES FILHO, Antonio Magalhaes; GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES, Luiz Flávio. **Juizados especiais criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GOMES, Lauro Thaddeu. **A posição da vítima no processo penal brasileiro**. 2012. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, p.54-55.

GONZAGA, João Bernardino. **O direito penal dos povos primitivos**. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, v. 68, n. 2, 1973, p. 168-169.

GUIMARÃES FILHO, Gilberto. **A teoria da relação jurídica processual: o processo e sua autonomia científica na formação da ciência processual moderna**. Direito e Democracia, v. 16, n. 1, 2015.

GUIMARÃES NETO, Silvio Leite. **Uma teoria da pena baseada na vítima: a busca pela satisfação do indivíduo vitimado como finalidade da pena**. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2018.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre a facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2005.

JÚNIOR, Américo Bedê Freire. **O combate à impunidade como direito fundamental da vítima e da sociedade**. Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, v. 14, n. 2, 2018.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Leya, 2023.

KOSOVSKI, Ester; PIEDADE JUNIOR, Heitor (org.). **Novos estudos de vitimologia**. Rio de Janeiro: Letra Capital, 2011.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das letras, 1988.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal: volume único**. 8. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2020.

LIMA, Samanta de Sousa. **Racismo ambiental e comunidades indígenas- uma visão decolonial e histórica da luta indígena na atualidade**. Revista Científica Multidisciplinar, 2021.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LOPES JUNIOR, Aury; DA ROSA, Alexandre Morais. **Toda a forma de violação do fair play deve ser punida**. 2020. Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-24/limite-penal-toda-forma-violacao-fair-play-punida#author>. Acesso em: 9 de jul. de 2023.

LOPEZ, Teresa Ancona. **Responsabilidade civil na sociedade de risco**. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. Valencia: Tirant lo blanch, 2001.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **A ciência do Direito: conceito, objeto, método**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 200-201.

MASSON, Cleber. **Direito Penal: parte geral**. 14. ed. Rio de Janeiro: Fontese; São Paulo, Método, 2020.

MAZANERA, Luis Rodrigues. *Estudio de la víctima*. 7 ed. México: Porrúa, 2002.

MAZUOLI, Valerio; FARIA, Marcelle Rodrigues da Costa e; OLIVEIRA, Kledson Dionysio de. **Controle de Convencionalidade pelo Ministério Público**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020.

MAZZUTI, Vanessa de Biassio. **Vitimologia e Direitos Humanos**. O processo penal sob a perspectiva da vítima. Curitiba: Juruá, 2012.

MENDES, Soraia da Rosa. **Criminologia feminista: novos paradigmas**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO MARANHÃO. **Nota Técnica nº 01/2019**. Disponível em: https://www.mpma.mp.br/arquivos/COCOM/arquivos/centros_de_apoio/caop_crim/NOTA_T%C3%89CNICA/2019/NOTA_T%C3%89CNICA_01_2019_-_CAOPCRIM.pdf. Acesso em: 10 out. 2023.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO. **Nota Técnica nº 02/2019**. Disponível em: <https://siteantigo2.mppe.mp.br/mppe/institucional/caops/caop-criminal/material-apoio-caop-criminal/category/97-caop-criminal-legislacao?download=7235:nota-tecnica-n-002-2019-reparacao-de-danos-nos-crimes-dolosos-contra-a-vida>. Acesso em: 10 out. 2023.

MONTEIRO, Rodrigo (org.). **Assistente de acusação: a necessária superação da invisibilidade da vítima no processo penal**. São Paulo: Editora Dialética, 2022.

MORAN, Fabiola. **Ingerência penal & proteção integral à vítima**. 1. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Placido, 2020.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 3. ed., São Paulo: Editora Acadêmica, 1994.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual do processo penal e execução penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA NETO, Emetério Silva de. **Legislação penal e teoria da vitimologia**. 2. ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. **A vítima e o direito penal**. São Paulo: RT, 1999.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Direito Processual Penal**. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

OLIVEIRA, Kledson Dionysio de. **Processo penal convencional e fundamento das obrigações positivas em face do estado em matéria penal**. 1. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2022.

OLIVEIRA, Luciano. **Não fale do Código de Hamurábi**. Sua excelência o comissário: e outros ensaios de Sociologia Jurídica, 2004.

PAIVA, Caio. HEEMAN, Thimotie Aragon. **Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos**. 3. ed. Belo Horizonte: CEI, 2020.

PEDRA JORGE, Alline. **Em busca da satisfação dos interesses da vítima penal**: uma tentativa de demonstrar os reais interesses das vítimas de crimes, desde a participação na persecução criminal à reparação do dano, e de se propor alternativas para a melhor satisfação destas. Orientador: José Luciano Góis Oliveira. 2002. 165f. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito do Recife, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Pernambuco, 2002. PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio; PENTEADO, Nestor Sampaio. Manual esquemático de criminologia. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

PEREIRA, Frederico Valdez. **Fundamentos do Justo Processo Penal Convencional: as garantias processuais e o valor instrumental do processo**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021. PIEDADE JUNIOR, Heitor. **Vitimologia**. Evolução no tempo e no espaço. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1993.

PIOVENSAN, Flavia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 19. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

PORTOCARRERO, Claudia Barros; FERREIRA, Wilson Luiz Palermo. **Leis Penais Extravagantes**: teoria, jurisprudência e questões controvertidas. 5. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2020.

Praia dos Ossos. [Apresentação e idealização de]: Branca Vianna. [S.l.]. Radio Novelo. Podcast. Disponível em: <https://www.radionovelo.com.br/praiadosossos>. Acesso em: 4 out. 22.~ PRUDENTE, Neemias Moretti. **Introdução aos fundamentos da vitimologia**. 2. ed. Curitiba: CRV, 2020.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

RAMOS, Patricia Pimentel de Oliveira Chambers. **A proteção da vítima de crimes violentos e a reparação do dano no sistema criminal brasileiro na perspectiva dos Direitos Humanos**. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito – Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2020.

REBOUÇAS, Sergio. **Curso de Direito Processual Penal**, volume 1. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2022.

REBOUÇAS, Sergio. **Curso de Direito Processual Penal**, volume 2. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2022.

Resolução 40/34, de 29 de novembro de 1985:”4. As vítimas devem ser tratadas com compaixão e respeito pela sua dignidade. Têm direito ao acesso às instâncias judiciárias e a uma rápida reparação do prejuízo por si sofrido. de acordo com o disposto na legislação nacional”. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/ajus/prev29.htm>. Acesso em: 2 de jul. 2023.

RIBEIRO; Carlos Vinícius de Andrade; FELIX, Juliana Nunes; SOUZA, Marcelo Weitzel Rabello de. (org.). **Os direitos das vítimas: reflexões e perspectivas**. Brasília, ESMPU, 2023. RODRIGUES, Roger de Melo. **A tutela da vítima no processo penal brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2014.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução penal: teoria crítica**. 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.

ROIG TORRES, Margarita. **Algunos apuntes sobre la evolución histórica de la tutela jurídica de la víctima del delito**. EPC, n. 22, 2000.

SANTORO FILHO, Antonio Carlos. **Bases Críticas do Direito Criminal**. Editora de Direito: Leme, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SERAFIM, Jhonata Goulart; AZEREDO, Jeferson Luiz de. **A (des)criminalização da cultura negra nos Códigos de 1890 e 1940**. Criciúma: Revista Amicus Curiae, 2009.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

SILVA, Sammia Castro; VASCONCELOS, José Gerardo. **Marginalização e heroicidade do jogador de capoeira no século XIX**. In: VASCONCELOS, José Gerardo; FIALHO, Lia Machado Fiuza; FLORENCIO, Lourdes Rafaella Santos (orgs.). *Práticas educativas, exclusão e resistência*. Fortaleza: Edições UFC, 2014.

SPIVAK, Gayatri Chakravorty. **Pode o subalterno falar**. UFMG, 2010.

SUMARIVA, Paulo. *Criminologia: teoria e prática*. 6. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2019.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; CANÇADO, Mayara Lopes. **Políticas Públicas de proteção à vítima: uma proposta de arranjo institucional de segurança pública**. Revista Opinião Jurídica (Fortaleza), v. 15, n. 20, p. 32–58, 12 jul. 2017.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; GOMES FILHO, Dermeval Farias. **Atenção às vítimas de crimes no Brasil: das Nações Unidas aos atos infralegais**. Revista de Política Judiciária, Gestão e Administração da Justiça. v. 8, n. 1, 2022, p. 34 – 53.

TEIXEIRA, Adriano. **Teoria da aplicação da pena: fundamentos de uma determinação da pena proporcional ao fato**. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

TORRANO, B. **Garantismo penal integral: um nome ruim para uma ideia boa.** Jota, 2020. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/garantismo-penal-integral-um-nome-ruim-para-uma-ideia-boa-16112020/>>. Acesso em: 12 ago. 2023

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: obrigações e responsabilidade civil.** 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno.** Tradução Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno.** Tradução Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral.** 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ZEHR, Howard. **Trocando as lentes: justiça restaurativa para o nosso tempo.** Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Athena, 2018.

ZINI, Júlio César Faria. Direito penal e a concepção de vítima. **Estado democrático de direito e solução de conflitos: diálogos e repercussões na sociedade contemporânea,** 2018.