

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA”
CENTRO UNIVERSITÁRIO DE MARÍLIA- UNIVEM
MESTRADO EM DIREITO

ELLIM FERNANDA SILVA FERRAREZI

**REPARAÇÃO DO DANO CAUSADO PELO CRIME: VALORIZAÇÃO
DA VÍTIMA NA SISTEMÁTICA PROCESSUAL PENAL**

MARÍLIA
2016

ELLIM FERNANDA SILVA FERRAREZI

REPARAÇÃO DO DANO CAUSADO PELO CRIME: VALORIZAÇÃO DA VÍTIMA NA
SISTEMÁTICA PROCESSUAL PENAL

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, como parte do requisito para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Teoria do Direito e do Estado

Linha de Pesquisa: Construção do Saber Jurídico

Orientador: Prof. Dr. José Eduardo Lourenço do Santos

FERRAREZI, Ellim Fernanda Silva.

Reparação do dano causado pelo crime: valorização da vítima na sistemática processual penal; Orientador: Prof. Dr. José Eduardo dos Santos

132 f.

Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Mestrado em Direito, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, Marília, 2016.

1. Vítima 2. Reparação dos danos 3. Justiça Criminal 4. Consenso

CDD: 341.43



FUNDAÇÃO DE ENSINO "EURÍPIDES SOARES DA ROCHA"
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO

Aprovado e recomendado pela CAPES em 29 de junho de 2000
Avaliação trienal - Reconhecido pela Portaria MEC nº 1.077, de 13 de setembro de 2012

ATA DA DEFESA PÚBLICA DE DISSERTAÇÃO

Mestranda: Ellim Fernanda Silva Ferrarezi

Título: "REPARAÇÃO DO DANO CAUSADO PELO CRIME: VALORIZAÇÃO DA VÍTIMA NA SISTEMÁTICA PROCESSUAL PENAL".

Linha de Pesquisa: Crítica aos fundamentos da dogmática jurídica.

Aos doze dias do mês de março de dois mil e dezesseis, com início às 8h00, realizou-se, nas dependências do Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM, a Defesa Pública da Dissertação de Mestrado. A Banca Examinadora, constituída pelos Professores Dr. José Eduardo Lourenço dos Santos - orientador (docente do Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM), Dr. Mário Furlaneto Neto (docente do Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM) e Dr^a. Gisele Mendes de Carvalho (Universidade Estadual de Maringá - UEM), arguiu a candidata, tendo a examinada sido APROVADA, com nota 100 (DEZ). Encerradas as atividades, foi lavrada a presente ata que, posteriormente, segue assinada pelos membros da Banca Examinadora.

Observações:

BANCA EXAMINADORA:

PROF. DR. JOSÉ EDUARDO LOURENÇO DOS SANTOS (Orientador) _____
(Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM)

PROF. DR. MÁRIO FURLANETO NETO _____
(Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM)

PROF^a. DR^a. GISELE MENDES DE CARVALHO _____
(Centro Universitário de Maringá - CESUMAR)

MESTRANDA: ELLIM FERNANDA SILVA FERRAREZI _____

Marília, 12 de março de 2016.

Prof. Dr. Teófilo Marcelo de Arêa Leão Júnior
Vice-Coordenador do Programa de Mestrado
UNIVEM

Aos meus pais, Fernando e Lucia, e ao meumarido Renato,
por todo amor, incentivo e confiança.

AGRADECIMENTOS

Inicialmente agradeço ao meu orientador, professor Doutor José Eduardo Lourenço dos Santos, por acreditar que seria possível desenvolver o tema, tendo em vista a polêmica que cerca o assunto sobre a valorização da vítima e a reparação do dano na sistemática processual penal, depositando confiança e guiando meus estudos durante a dissertação, seja com referencial bibliográfico, questionamentos e sugestões que desencadearam no presente estudo.

Agradeço imensamente aos professores que realizaram a banca de qualificação, professora Doutora Gisele Mendes de Carvalho, e ao professor Doutor Mario Furlaneto Neto que com o vasto conhecimento que possuem conseguiram apontar aspectos em meu trabalho que precisavam ser esclarecidos e melhorados. Procurei nesta versão final incorporar todas as sugestões, porque considerei de grande relevância ao aprofundamento da pesquisa.

Os professores do Mestrado em Direito, do Centro Universitário de Marília, também foram indispensáveis para o desenvolvimento e conclusão dos estudos, considerando o quanto me fizeram pensar e refletir sobre os mais diferentes assuntos. A eles os meus sinceros agradecimentos.

Agradeço aos amigos do curso, que não citarei nomes para não ser injusta pela importância que tiveram no desenvolvimento e conclusão deste trabalho.

De fora da academia agradeço minha família, principalmente meus pais que sempre foram meu porto seguro e me apoiaram de todas as formas na decisão de fazer o mestrado. Agradeço igualmente meus irmãos que entenderam os finais de semana que não pude estar presente nos encontros familiares.

Por fim, mas não menos importante, agradeço ao meu marido Renato, por sua compreensão com tantas ausências, paciência com tantos debates trazidos de sala de aula para a sala da nossa casa. Sua confiança no que eu estava fazendo, foram essenciais para a conclusão do curso e da dissertação.

Resumo: A presente pesquisa tem o escopo de estudar a evolução da participação da vítima na sistemática processual penal e a importância da reparação dos danos na solução dos conflitos criminais. Tal objetivo se justifica em razão da falência do atual modelo de gestão criminal, que, apesar de possuir dispositivos legais para que a vítima possa buscar a reparação do dano, sua concretização é de difícil ocorrência. A partir desta premissa buscou-se na doutrina nacional e estrangeira formas de amenizar o sofrimento da vítima e, como consequência, pacificar a sociedade. Foi utilizado o método dedutivo, já que, após a observação das premissas, possibilitou concluir que a sociedade contemporânea precisa evoluir no tratamento das vítimas e na reparação dos danos. Entre as possibilidades desta evolução temos, por exemplo, a ampliação do rol de delitos em que o consenso pode ser utilizado, utilizando a Justiça Restaurativa, com fim não apenas reparatório, mas também de resgate da própria dignidade da vítima, sem deixar de lado os direitos e garantias dos infratores. Além disso, também se pode verificar a importância da união do sistema penal e civil, que possibilita que o juiz, ao proferir sentença condenatória em âmbito criminal, também atenda a pretensão reparatória pleiteada pela vítima, o que já é possível em outros países. Destacou-se a necessidade de regulamentação da reparação do dano pelo Estado brasileiro evitando desamparo daqueles que já sofreram com o delito, pois só assim será possível atender aos anseios sociais.

Palavras chaves: Vítima; Reparação dos danos; Justiça Criminal; Consenso

Abstract: This research has the scope to study the evolution of victim participation in the criminal procedure systematically and the importance of compensation for damage in solving criminal conflicts. The objective is justified because of the failure of the current criminal management model, which, despite having legal provisions so that the victim may seek compensation for damage, their implementation is difficult to occur. From this premise it sought in the national and foreign doctrine ways to alleviate the suffering of the victim and, consequently, pacify society. The deductive method was used, as, after observation of the premises, led us to conclude that contemporary society needs to evolve in the treatment of victims and repair the damage. Among the possibilities these developments have, for example, expanding the list of offenses in that consensus can be used, the use of Restorative Justice, with order not only reparations, but also the dignity of the victim rescue, without neglecting the rights and guarantees of offenders. In addition, it can also verify the importance of the criminal and civil union system, which enables the judge to convict in a criminal context, also attend reparation claims claimed by the victim, which is already possible in other countries. It also highlights the need for regulation of repairing the damage by the Brazilian government, avoiding helplessness of those who have suffered from crime for only in this way can meet the social expectations.

Keywords: Victim; Compensation for damage; Criminal Justice; Accordance

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	08
1 PROCESSO PENAL CONSTITUCIONAL, A VÍTIMA E SUAS GARANTIAS LEGAIS.....	11
1.1 O Direito Processual Penal e seu reflexo constitucional.....	12
1.1.1 Distinção entre princípios e regras.....	16
1.1.2 Princípios e garantias processuais constitucionais.....	18
1.1.3 A dignidade da pessoa humana com enfoque na vítima de crimes.....	26
1.2 Vitimologia.....	31
1.2.1 Antecedentes históricos.....	33
1.2.2 Vitimodogmática e tipos de vítimas.....	37
1.2.3 A vítima no processo penal brasileiro.....	41
2 REPARAÇÃO DO DANO À VÍTIMA DE CRIME.....	48
2.1 Evolução histórica da reparação do dano.....	48
2.2 Elementos Diferenciadores entre a Reparação Penal e a Reparação Civil.....	51
2.3 Reflexos penais da reparação do dano.....	55
2.4 Reparação do dano na legislação especial.....	60
2.5 Ação civil ex delicto.....	62
2.6 Reflexos da Lei 11690/2008 e Lei 11719/2008 no Código de Processo Penal com a valorização da vítima e a reparação do dano.....	67
2.6.1 Meios atuais para buscar a reparação do dano.....	75
2.7 Projeto de Lei 8045/2010 e a reparação do dano.....	77
2.5.1 Dano moral e dano material.....	82
2.8 Reparação do dano por parte do Estado.....	84
3 A SUSTENTABILIDADE SOCIAL NA REPARAÇÃO DO DANO EFETIVA PARTICIPAÇÃO DA VÍTIMA NA SOLUÇÃO DA LIDE.....	92
3.1 As diversas formas de sustentabilidade.....	92
3.1.1 A sustentabilidade e sua importância na sociedade atual.....	96

3.2 Composição no processo penal, justiça restaurativa e mediação criminal.....	98
3.3 Justiça Criminal e participação da vítima.....	109
3.3.1 Valorização da vítima no direito comparado e sua influência no Brasil.....	111
3.3.2 Argumento e contra-argumento dos institutos que valorizam a vítima e a reparação dos danos.....	115
3.4 A questão da sustentabilidade do direito processual penal com a participação da vítima e a reparação do dano.....	119
 CONCLUSÃO.....	 123
 REFERÊNCIAS.....	 127

INTRODUÇÃO

A pesquisa possui como ponto de partida a experiência na advocacia criminal da pesquisadora e seu contato com as vítimas de crimes que, diante da situação vivenciada pela sistemática da justiça criminal tradicional se mostravam insatisfeitas com as soluções apresentadas, com a falta de informação e com a dificuldade na busca pela reparação do dano, que na maior parte dos casos não acontecia.

As vítimas de crimes foram durante muito tempo esquecidas, porém, aos poucos vêm sendo redescobertas. Em observância à linha de pesquisa construção do saber jurídico e em consonância com o eixo temático violência da CAPES, procurou-se desenvolver o trabalho na tentativa de buscar soluções que amenizem o sofrimento da vítima e agilizem a reparação do dano, sem deixar de lado as garantias e direitos incorporados ao longo do tempo, pois a mudança no cenário brasileiro com alternativas efetivas na solução da lide é o caminho na busca de uma sociedade mais justa e pacífica.

O que se questiona durante o trabalho são as mudanças na justiça criminal, tanto as que paulatinamente foram sendo inseridas no Código de Processo Penal e que visaram valorizar a vítima, como a criação de um novo Código e a inserção de mecanismos consensuais que possibilitem à vítima a participar da solução do conflito.

Para o desenvolvimento da pesquisa foi utilizado o método dedutivo, já que, após a observação das premissas e estudo doutrinário, restou demonstrado que a sociedade contemporânea precisa evoluir no tratamento das vítimas e na reparação dos danos.

O objetivo do trabalho não é defender o abolicionismo na esteira criminal, pois acredita-se que a sociedade, da forma como está organizada, ainda não é capaz de viver sem o Direito Penal, também não se pretende defender o movimento de lei e de ordem, que ilude a sociedade fazendo-a acreditar que o Direito Penal é a única solução dos males que a afligem.

O trabalho preocupa-se com a proporcionalidade, razoabilidade e efetividade na solução do conflito, buscando a reparação dos danos, seja pelo Processo Penal ou pela justiça consensuada, sem, contudo, excluir os direitos e garantias conquistados no decorrer do tempo.

No início do trabalho serão demonstrados os reflexos constitucionais no Direito Processual Penal, com a análise de alguns princípios constitucionais que influenciam diretamente no desenvolvimento processual. O princípio da dignidade da pessoa humana receberá papel de destaque durante as reflexões, considerando que está em consonância com a reparação do dano às vítimas de crimes.

Frente à importância da vítima para o desenvolvimento da pesquisa ocorrerá abordagem quanto a ciência da Vitimologia, com a análise histórica sobre sua participação na solução da lide, com destaque para o seu redescobrimento, salientando-se que o estudo da vítima se difundiu por diversas áreas do conhecimento das ciências humanas, tais como sociologia, filosofia e psicologia. Assim, tais movimentos ao redor da vítima culminaram na aprovação da “Declaração dos Direitos Fundamentais da Vítima”, em 29 de novembro de 1985, na Assembleia Geral das Nações Unidas. A necessidade de aprofundar o estudo da vítima no processo penal, em busca da reparação do dano causado a ela, foi uma das preocupações do referido documento e continua sendo uma necessidade da sociedade contemporânea.

Desta forma, será demonstrado que a sociedade e o legislador precisam se conscientizar sobre a relevância da vítima para o processo penal e da necessidade de valorizar sua participação a fim de amenizar seu sofrimento e reparar o dano causado pela infração.

Partindo-se da ideia central de reparar o dano às vítimas de crimes, o direito penal e processual penal foram evoluindo, sendo que atualmente existe na legislação processual penal brasileira a possibilidade do juiz fixar, na sentença condenatória, valor mínimo para a reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido (artigo 387, inciso IV do Código de Processo Penal), além de previsão acerca da necessidade da vítima ser informada sobre o desenvolvimento do processo. Mas, apesar dos esforços, o fato é que a vítima continua descontente com o desenvolvimento processual e com a amenização de seus prejuízos, pois pouca efetividade é encontrada em tais institutos.

Para que a efetivação da reparação do dano de fato ocorra, algumas propostas serão analisadas. A primeira é a possibilidade de alterar a legislação processual penal, possibilitando que a vítima pleiteie indenização pelo dano moral e material decorrente da infração, desde que esse pedido não prejudique o desenvolvimento da ação penal. Caso contrário, a questão deveria ser discutida no juízo cível.

Desta forma, a vítima não deverá ser considerada mero sujeito passivo da infração penal, mas real protagonista da cena criminal, devendo ser garantida a ela posição de sujeitos de direitos dentro da relação processual penal, com participação cada vez maior.

Outra possibilidade é a responsabilização do Estado pela reparação dos danos, seja patrimonial, moral, psicológico, atendimento médico adequado e assistência jurídica. Para isso, o caminho é buscar a regulamentação do artigo 245 da Constituição Federal e efetivar as medidas legalmente já existentes.

Também será analisada a possibilidade de ampliação das formas consensuais de resolver os conflitos criminais, inclusive com a utilização da Justiça Restaurativa como forma de buscar a sustentabilidade social, com a pacificação do conflito, de modo a valorizar a vítima permitindo que esta participe da solução da lide.

A efetivação das medidas trabalhadas ao longo da pesquisa servem de influência para o desenvolvimento social e de futuras alterações legislativas, de forma a valorizar a vítima e buscar a pacificação social, apoiados em novas medidas que ampliem a possibilidade de as mesmas terem seus danos reparados. Por esta razão, o tema deve ser alvo de discussão e reflexão junto aos estudiosos do direito para que em um futuro breve a sociedade esteja mais solidária e menos violenta.

Ao final restará demonstrada a necessidade de alteração legislativa e a ampliação dos meios consensuais para efetivar a reparação dos danos as vítimas de crimes e pacificar a sociedade.

IPROCESSO PENAL CONSTITUCIONAL, A VÍTIMA E SUAS GARANTIAS LEGAIS

Ainda hoje muito se discute sobre a possibilidade de se ampliar o espaço da participação da vítima nas soluções dos conflitos penais. A partir do momento em que o Estado tomou totalmente para si a punição do infrator penal, deixando para trás a época da vingança privada e da autotutela existentes mais remotamente, qualquer participação da vítima do delito no processo penal, que não seja auxiliar o Estado a buscar a punição daquele que ousou desrespeitar as leis, tem sido vista com desconfiança.

Entretanto, mais do que ninguém, a vítima de um delito tem interesse em uma solução honrosa e célere para o conflito, uma vez que ela muitas vezes tem violado não só seu bem jurídico tutelado pelo direito penal, mas também sua moral, sua honra, sua própria dignidade.

O processo penal, nas linhas gerais como vem sendo utilizado nas últimas décadas, tem gerado mais danos à vítima, que se vê novamente vitimizada pelas longas e burocráticas marchas processuais, que muitas vezes acabam deixando um sentimento de desapontamento e desilusão com a forma que o estado lida com o problema.

Entretanto, paulatinamente podemos observar uma evolução em relação à participação da vítima na solução dos delitos. É natural que o Estado, quando detém todo o poder, tenha uma certa parcimônia em ampliar a participação de outros atores no cenário do processo penal, até porque esta ampliação não pode prejudicar as garantias dos infratores.

Ocorre que, na seara atual de nossa sociedade, essa participação é cada vez mais importante para a solução dos conflitos penais, principalmente aqueles considerados mais leves, possibilitando que o Estado utilize suas forças na persecução dos delitos que atinjam mais gravemente a sociedade em geral, obedecendo todos os princípios constitucionais e legais.

O legislador brasileiro vem preocupando-se com a pacificação social e insere importantes institutos despenalizadores trazidos pela Lei n. 9.099/1995, porém, é possível, buscando garantir os direitos e a dignidade da vítima, bem como dos demais atores envolvidos na complexa sistemática processual penal, que se estabeleçam outras formas de se resolver o conflito com a ampliação da participação da vítima na solução do conflito.

1.1 O Direito Processual Penal e seu reflexo constitucional

Historicamente, o processo penal se desenvolveu para que a pena pudesse ser aplicada. Desta forma, ele pode ser definido como o caminho que o Estado deve percorrer para que possa aplicar sua reprimenda.

A respeito do surgimento do processo penal, Lopes Junior (2014, p. 26) disserta que: “Ao suprimir a vingança privada e avocar o poder de punir, nasce o processo penal como caminhonecessário para que o Estado legitimamente imponha uma pena”.

Assim, pode-se dizer que o Direito Processual Penal se relaciona intimamente com a aplicação da pena, tendo evoluído juntamente com esta. Em um primeiro momento histórico, a lide era solucionada através da autotutela, também chamada defesa privada, onde a vítima do delito resolvia, ou ao menos tentava resolver, o conflito de forma direta, pelo uso da força, sendo que nesta fase não era necessária a figura do juiz para solucionar a lide.

Após essa primeira fase, ocorre o surgimento da estrutura formal do processo, sendo que inicialmente a imposição da pena decorria de um procedimento inquisitorial, sem observância de contraditório e ampla defesa, ainda não se falando em garantias processuais.

Por sua vez, a autocomposição surge como meio de solução de conflito onde as partes envolvidas podem ajustar suas vontades com a finalidade de resolvê-lo. No direito processual penal ocorre pelo instituto da transação, que será posteriormente comentado.

Posteriormente, a pena passa a ser pública, de competência do Estado. Assim, a pena é fixada por um terceiro imparcial, o juiz, que representa a figura do Estado devendo obediência às garantias legais.

No que tange à classificação sobre a aplicação da pena acima esposada, Lopes Junior (2014, p. 27) ressalta que: “Assim, nessa classificação das formas de distribuição da justiça, o processo penal surge com a pena pública, e assume a estrutura de um sistema de reparo “heterônomo”, por um terceiro imparcial, pública e com sua competência previamente fixada em lei (juiz).”

Portanto, verifica-se que a história do processo penal é sinalizada por mudanças decorrentes na imposição da pena, existindo certo confronto entre a eficiência da punição e o garantismo processual penal. Segundo Fernandes (2010, p. 19):

A história do processo penal é marcada por movimentos pendulares, ora prevalecendo ideias de segurança social, de eficiência repressiva, ora predominando pensamentos de proteção ao acusado, de afirmação e preservação de suas garantias. Essa diversidade de encaminhamentos são

manifestações naturais da eterna busca de equilíbrio entre o ideal de segurança social e a imprescindibilidade de se resguardar o indivíduo do seu direito.

Com a evolução da própria sociedade, os países passaram a inserir em suas Constituições regras garantistas, tendo em vista a necessidade de respeito aos direitos individuais. Segundo Silva (2002, p. 167), a primeira Constituição do mundo a trazer regras sobre a positivação dos direitos do homem foi a Constituição do Império do Brasil, de 1824, “(...) em seu art. 179, cujo *caput* é bem característico, quando declara que a inviolabilidade dos Direitos Cíveis e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império”.

As duas grandes guerras mundiais também tiveram especial relevância para que os países fizessem declarações com o fim de respeitar os direitos básicos das pessoas. Documentos internacionais foram elaborados e sendo aos poucos ratificados, destacando-se entre eles: a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, o Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos de 1966, o Pacto de *San Jose da Costa Rica* de 1992, entre tantos outros tratados e resoluções que reduziam o poder do Estado agir sem qualquer controle em prol de garantias dos cidadãos.

Assim, o processo passa a ganhar cada vez mais importância, uma vez que é o caminho a ser seguido para se atingir determinado fim, observando-se as regras constitucionais, legais e as garantias do cidadão. Lopes Junior (2014, p. 27) o conceitua da seguinte forma: “A palavra “processo” vem do verbo *procedere*, que significa avançar, caminhar em direção a um fim, por isso, envolve a ideia de temporalidade, de um desenvolvimento temporal desde um ponto inicial até alcançar-se o ponto desejado”.

Desta forma, se mostra o quão importante é o relacionamento entre o processo e os direitos e garantias fundamentais, em especial no Direito Processual Penal, que tem como finalidade a aplicação de uma pena em resposta ao delito praticado, sendo que muitas vezes tal resposta se reflete na restrição da liberdade do homem. Por esta razão, as garantias e direitos dos suspeitos e acusados são salientes em nosso ordenamento.

Fernandes (2010, p. 22) nos traz uma importante lição sobre o processo penal em sua busca na efetivação dos direitos fundamentais e garantia do poder punitivo estatal:

Disso tudo extrai-se que o processo penal não é apenas um instrumento técnico, refletindo em si valores políticos e ideológicos de uma nação. Espelha, em determinado momento histórico, as diretrizes básicas do sistema políticos do país, na eterna busca de equilíbrio na concretização de dois interesses fundamentais: o de assegurar ao Estado mecanismos para atuar o

poder punitivo e o de garantir ao indivíduo instrumentos para defender os seus direitos e garantias fundamentais e para preservar a liberdade.

Diante do exposto, tendo em vista a doutrina neoconstitucionalista que se desenvolveu principalmente após a segunda guerra mundial e que permeia grandemente nosso ordenamento nos dias atuais, e, ainda, considerando que o Processo Penal é classificado como ramo do direito público, pode ser dito que tal matéria não pode ser entendida e interpretada sem se observar a Constituição Federal. Para Araújo Cintra, Grinover e Dinamarco (2002, p. 78): “o direito processual penal chega a ser apontado como direito constitucional aplicado às relações entre autoridade e liberdade.”

Assim, tendo em vista a preocupação de se atribuir eficiência ao Estado em dar uma resposta ao delito praticado, e, ao mesmo tempo, observar todas as garantias aos direitos fundamentais da pessoa humana, estuda-se o Direito Processual Penal Constitucional, que, conforme narra Araújo Cintra, Grinover e Dinamarco (2002, p. 79), consiste na “condensação metodológica e sistemática dos princípios constitucionais do processo”.

Portanto, o Direito Processual Penal é elaborado para efetivar o direito material criminal que, sem ter uma política pública definida, encontra dificuldades em seguir um único caminho. Em decorrência disso, o que se observa atualmente é uma inclinação à resolução célere e simplificada das infrações de menor gravidade, para que maior tempo possa ser dedicado às infrações mais graves.

Desta forma, observaram-se inovações legislativas que ocorreram em observância aos princípios e as disposições constitucionais, admitindo-se, nesse contexto, o reconhecimento da vítima como sujeito de direitos, inserindo-se alguns institutos que possibilitaram sua participação processual.

Ao mesmo tempo em que institutos despenalizadores foram criados e inseridos em nosso ordenamento com a finalidade de reduzir o fluxo das ações judiciais e agilizar o procedimento processual penal, como, por exemplo, aqueles previstos na Lei 9.099/1995, que trouxeram a possibilidade de acordo civil, transação penal, suspensão condicional do processo e representação, podem ser observadas a criação de novas leis criminalizadoras instituídas sem qualquer observância às reais necessidades sociais. Tal fato acaba ocasionando um inchaço legislativo, ou seja, as reformas e inovações não possuem uma política pública definida, apresentando constantes contradições entre aumento da quantidade de leis e a criação ou ampliação de institutos que possibilitem a efetiva participação da vítima no processo.

Ao analisar a Constituição Federal Brasileira, verifica-se a existência de diversos dispositivos que evidenciam a tutela constitucional do processo. Alguns destes dispositivos serão analisados logo em seguida, dentro do subtítulo “Princípios e garantias processuais constitucionais”, mas aqui importa salientar que as inovações legislativas a respeito da participação da vítima no processo seguem tendências de legislações internacionais e constitucionais, possibilitando que ela participe mais ativamente da relação processual. Como exemplo temos as inovações trazidas pela Lei 9.099/1995, que fizeram previsão de conciliação entre vítima e autor do fato. Posteriormente, as penas de prestação pecuniária, que foram introduzidas inicialmente no Código de Transito Brasileiro, artigo 297, e no Código Penal, artigos 43, inciso I e 45, parágrafos 1º e 2º, bem como a pena de prestação pecuniária voltada a satisfação do prejuízo sofrido, além das modificações introduzidas no Código de Processo Penal ocorridas em 2008 pela Lei 11.719, cujo escopo da reforma foi a modernização do Direito Processual Penal, sendo um de seus enfoques a revalorização da vítima.

Entre as inovações trazidas pela Lei 11719/2008, no Código de Processo Penal, houve a previsão da necessidade do juiz, no momento de proferir a sentença condenatória, fixar valor mínimo para a reparação do dano, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido (artigo 387, inciso IV). Tal previsão foi muito útil sob o aspecto da agilização e modernização da administração pública, mas esta previsão ainda é muito tímida, uma vez que o valor fixado é o “mínimo para reparação dos danos causados pela infração” e, caso a vítima discorde do valor, deverá buscar suplementação do valor fixado no juízo cível com a ação civil *ex delicto*.

O reconhecimento da vítima como sujeito de direitos e sujeito do processo é inerente ao nosso Estado Democrático de Direitos e, por esta razão, merece reflexão, garantindo-se maior autonomia e se fazendo necessário o desenvolvimento de política pública de assistência e prevenção da vitimização.

O nosso Código de Processo Penal foi escrito em 1941, necessitando ser interpretado à luz da Constituição Federal e dos direitos fundamentais. Por esta razão, o entendimento de que a vítima participe como sujeito de direitos e do processo é a medida mais acertada. Assim, além dos institutos consensuais, também se deve observar o artigo 245 da Constituição Federal, que prevê a assistência do Poder Público aos herdeiros e dependentes carentes de pessoas vitimizadas por crimes dolosos, sem prejuízo da responsabilidade civil.

Portanto, a Constituição se encarrega de caracterizar o direito processual penal não apenas como um simples conjunto de regras acessórias para aplicação do direito material,

como historicamente era, mas sim como um instrumento público para a realização da justiça, como instrumento de garantia do indivíduo em face do Estado.

Por esta razão, tão importante é a análise de alguns princípios processuais constitucionais, os quais foram escolhidos considerando o tema central do presente estudo. Também deve ser considerado o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, com enfoque na ampliação das formas de participação da vítima no processo, com criação de políticas sociais adequadas com o objetivo de ter seu dano reparado, se possível.

1.1.1 Distinção entre princípios e regras

Primeiramente, vale ressaltar uma breve distinção entre princípios e regras, tendo em vista serem comumente utilizados de forma aleatória, causando confusões.

São diversas as definições encontradas na doutrina, mas, considerando que o presente estudo não pretende esgotá-las, e sim relacionar alguns importantes institutos ao tema central, observa-se que princípios são mandamentos nucleares, as bases, pilares que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, no caso do presente estudo, do direito processual penal. Já as regras são normas declaratórias, que conferem vantagens às pessoas e limitam a atuação do Estado, fundamentando a existência digna da pessoa humana.

Os princípios para parcela da doutrina são considerados espécies de normas jurídicas, nesse sentido Gomes (2003, p. 53/54):

Constitui princípio, também, uma norma que não preveja condições para a sua aplicabilidade, mas que seja incondicionada – percebe-se que tais normas são, na maioria das vezes, caracterizadas por imperativos vagos, empregados para designar as finalidades ou os valores a serem perseguidos. Além desses casos, os juristas também utilizam o vocábulo princípio para se referirem a normas que ocupam uma colocação muito elevada na hierarquia das fontes; trata-se, essencialmente, das normas de nível constitucional que, por este motivo, merecem a qualificação de princípio, independentemente da sua estrutura ou do modo como vêm postas.

Por sua vez, Dworkin (2002, p. 36) também estabelece distinção entre princípios e regras, a respeito do princípio afirma que: “Denomino “princípio” um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade.”, e sobre as regras afirma que “o positivismo é um modelo de e para um sistema de regras e que sua noção central de um único teste fundamental para o direito nos força a ignorar os papéis importantes desempenhados pelos padrões que não são regras”.

Segundo Dworkin (2002, p. 37), na prática das decisões judiciais, geralmente nos casos mais complexos, os juízes recorrem a regras que não fazem parte do direito positivo, recorrendo aos princípios morais e objetivos políticos, além de outros padrões não tão recorrentes.

Em que pese as distinções acima, observa-se que o tema ainda infla muitas discussões entre os estudiosos do direito. A distinção entre princípios e regras foi criticada pelo jurista Humberto Ávila, pois, para ele, a distinção entre princípios e regras baseados na estrutura seria equivocado, já que, segundo o autor, por meio de interpretação de um único dispositivo é possível extrair uma norma regra ou uma norma princípio. Seguindo com suas críticas, propõe a seguinte diferenciação entre princípios e regras, Ávila (2009, p. 78/79):

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectiva e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, **sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente subjacentes**, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.

Os **princípios são normas imediatamente finalísticas**, primariamente prospectivas e com pretensão de **complementariedade** e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária a sua promoção. (grifo nosso)

Desta maneira, segundo Ávila os princípios buscam um fim a ser atingido. Em razão disso, os estudos de alguns princípios processuais penais constitucionais são muito importantes para o desenvolvimento deste trabalho, pois, como fontes de interpretação do direito e observando as reais necessidades sociais podem fundamentar mudanças legislativas que visem a pacificação da sociedade, ampliando direitos às vítimas de crimes.

Por sua vez, Bobbio (1991, p. 158), ao tratar dos princípios, é categórico: “Para mim não há dúvida: os princípios gerais são normas como todas as outras”. Seguindo com seu pensamento, exemplifica:

(...) se são normas aquelas das quais os princípios gerais são extraídos, através de um procedimento de generalização sucessiva, não se vê por que não devam ser normas também eles: se abstraio da espécie animal, obtenho sempre animais, e não flores ou estrelas. Em segundo lugar, a função para a qual são extraídos e empregados é a mesma cumprida por todas as normas, isto é, função de regular um caso.

Segundo dispõe Alexy (1997, p. 85/86), a doutrina não é unânime ao estabelecer que regras e princípios possuem uma diferença não apenas de grau, mas também qualitativa. Assim, existem três posicionamentos diversos sobre a distinção entre regras e princípios: para o primeiro, toda tentativa de dividir as normas em duas categorias é em vão, uma vez que,

devido à pluralidade de regras e princípios existentes, os critérios propostos para diferenciá-los podem ser combinados de tal forma que uma mesma norma apresente algumas características pertinentes aos princípios e outras pertinentes às regras; para o segundo posicionamento, as normas são passíveis de diferenciação em regras e princípios, mas as diferenças verificadas dizem respeito apenas ao grau, partindo-se da ideia de que a generalidade é o critério decisivo; e, para o terceiro, não só as normas podem ser divididas em regras e princípios, mas tal distinção não é apenas de grau, mas também qualitativa.

É inegável a importância que os princípios exercem no nosso ordenamento. Segundo Lopes Junior (2014, p. 107), de forma geral os destinatários dos princípios processuais penais são juízes e tribunais, já que muitas vezes os princípios constituem regras de julgamentos, devendo promover o fim devido com sua máxima eficácia.

Reafirmando a relevância dos princípios para o ordenamento jurídico Gomes (2003, p.55) diz que “ Nesse sentido, os princípios jurídicos demonstram ser essenciais para a vida do direito. Expressam não apenas a síntese conceitual, o significado unitário de determinada disciplina normativa, mas, principalmente, indicam o potencial do seu desenvolvimento.”

O Direito Processual Penal moderno passa por um constante processo de constitucionalização, estabelecendo regras e princípios que observem garantias mínimas, buscando-se a máxima redução dos danos, sendo uma forma de limitar o poder do Estado.

Por esta razão, os fundamentos e princípios constitucionais devem ser de obrigatória observância na leitura, interpretação e futuras alterações processuais penais. Só assim podemos desenvolver uma sociedade mais justa, humana e sustentável em seus fundamentos.

1.1.2 Princípios e garantias processuais constitucionais

Em observância à temática central do presente estudo, que procura estudar a sustentabilidade social com a possibilidade de valorizar a vítima dentro do processo penal, com a efetiva reparação do dano e sua maior participação no processo, não será possível abordar todos os princípios processuais constitucionais. Desta forma, serão realizados apontamentos em relação aos princípios que mais se relacionam com o objetivo do trabalho.

O Princípio do devido processo legal é conhecido pela doutrina como uma garantia, tendo em vista que sua finalidade é resguardar direitos públicos subjetivos das partes e do justo processo.

Sua existência remonta o artigo 39 da Magna Carta, outorgada em 1215. Inicialmente o instituto era o do *law of the land*, sendo que apenas com o passar do tempo e com sua

incorporação em diversas Constituições é que passou a ser mencionada como *due process of law*.

Conforme preceitua a Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso LIV, “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Em observância ao referido postulado é possível identificar elementos essenciais para a garantia da ordem constitucional. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 94.016/SP, cujo relator foi o Ministro Celso de Mello, destacou as seguintes prerrogativas relativas ao devido processo legal:

(a) direito ao processo (garantia de acesso ao Poder Judiciário); (b) direito à citação e ao conhecimento prévio do teor da acusação; (c) direito a um julgamento público e célere, sem dilações indevidas; (d) direito ao contraditório e à plenitude de defesa (direito à autodefesa e à defesa técnica); (e) direito de não ser processado e julgado com base em leis ‘ex post facto’; (f) direito à igualdade entre as partes; (g) direito de não ser processado com fundamento em provas revestidas de ilicitude; (h) direito ao benefício da gratuidade; (i) direito à observância do princípio do juiz natural; (j) direito ao silêncio (privilégio contra a auto-incriminação); (l) direito à prova; e (m) direito de presença e de ‘participação ativa’ nos atos de interrogatório judicial dos demais litisconsortes penais passivos, quando existentes.

Sendo assim, para que a persecução criminal seja efetiva e justa, se faz necessária a observância de uma série de direitos e garantias a amparar os acusados, pois o Poder Público não pode agir imoderadamente. Segundo Mendes (2004, p. 65), a cláusula do devido processo legal traduz um dos fundamentos do princípio da proporcionalidade, e a sua essência reside na necessidade de se proteger os direitos e a liberdade das pessoas contra qualquer modalidade de legislação ou regulamentação que seja destituída de razoabilidade.

Sendo assim, o Poder Público não pode agir imoderadamente, devendo sempre observância ao devido processo legal, que abrange diversos outros princípios basilares e essenciais ao Estado Democrático de Direito, alguns dos quais serão abordados no presente trabalho, frente a importância que possuem.

O Estado, quando da proteção dos bens jurídicos, deve fazer de forma menos lesiva antes de utilizar dos recursos penais, que deve ser a *ultima ratio*, deve preferir-se ao uso de meios desprovidos de caráter sancionatório e apenas, se necessário, recorrer às sanções penais, Gomes (2003, p.20).

Por esta razão, importante para a pesquisa é o estudo do princípio da proporcionalidade, que, em sua essência procura evitar excessos praticados pelo Poder Público. Sua ideia no direito é muito antiga, basta lembrar da Lei do talião, “olho por olho dente por dente”, corrobora Gomes (2003, p 41): “Esta ideia encontrava-se intimamente

ligada a concepção retributiva da pena, segundo o qual esta não é mais do que uma resposta, ao autor do delito, pelo mal por ele causado, e sua “justa” medida consiste na devolução do mal pela mesma moeda”.

Entretanto, na atualidade, a finalidade deste princípio é proteger o indivíduo contra os poderes do Estado, o qual tem o exercício de seu poder limitado, apenas sendo justificadas suas restrições a direitos individuais em face da Constituição. A atuação do princípio da proporcionalidade está intimamente relacionada com os Direitos Fundamentais e deve ser observada em todos os momentos seja na aplicação da lei, ou na sua elaboração, para Gomes (2003, p 35):

O princípio da proporcionalidade tem seu principal campo de atuação no âmbito dos direitos fundamentais, enquanto critério valorativo constitucional determinante das máximas restrições que podem ser impostas na esfera individual dos cidadãos pelo Estado, e para a consecução dos seus fins

Vale destacar que o princípio da proporcionalidade não tem previsão expressa na Constituição brasileira, surgindo em decorrência de interpretações, nesse sentido Flach (2000, p. 240):

Não há explicações do princípio da proporcionalidade na Constituição de 1988. Os autores em geral, referem-se a proporcionalidade como uma nota característica que deve predominar entre o crime e a sanção: cada crime deve ser punido com uma pena proporcional ao mal por ele causado. A proporcionalidade está intimamente ligada ao fundamento retributivo. A pena deve guardar proporção com o delito. O crime, então, possui sua quantificação, que deve guardar ligação com a quantidade da sanção.

Para Fernandes (2010, p. 53) existem alguns requisitos que devem ser observados: “Os estudos desenvolvidos indicam, então, serem três os requisitos intrínsecos que justificam e autorizam uma restrição aos direitos individuais: a sua necessidade, sua adequação e a prevalência do valor protegido na ponderação dos interesses em confronto”.

O requisito da adequação é verificado analisando uma relação de meio e fim, ou seja, se o meio a ser alcançado justifica a aplicação de determinada restrição a direitos. Por sua vez, o requisito da necessidade, que também pode ser denominado de intervenção mínima, enseja que o meio utilizado seja necessário ao pretendido, devendo-se escolher a que imponha menores restrições às partes entre as diversas opções existentes. O terceiro requisito é do da proporcionalidade em sentido estrito, que prevê a predominância de valores de maior relevância, evitando restrições exageradas aos direitos fundamentais.

Desta forma, verifica-se que o princípio da proporcionalidade deve ser observado quando da criação e da imposição da sanção penal, por esta razão, deve ser dirigido também à vítima, ao possibilitar que esta pleiteie indenização em âmbito criminal, conforme será

adiante analisado e respeitado durante a tentativa de consenso, sempre observando os direitos e garantias dos envolvidos na lide, corroborando a informação Gomes (2003. P. 59):

Com relação, especificamente, à proporcionalidade, sua natureza de princípio jurídico é evidenciada quando, à parte de generalidade e do aspecto vago do que impõe (pode-se dizer que este princípio determina que a norma jurídica deve ser proporcional à situação de fato disciplinada), é possível também verificar que se encontra entre as normas superiores do ordenamento jurídico, de nível constitucional, razão pela qual norteia toda a atividade penal, seja no âmbito legislativo, seja na aplicação da lei aos casos concretos.

A proporcionalidade deve ser observada em todas situações que envolvem o Direito Penal e o Direito Processual Penal, discorre Brasileiro (2013, p. 110) que o princípio da proporcionalidade possui pressuposto no princípio da legalidade:

O princípio da proporcionalidade tem como pressuposto formal o princípio da legalidade, e como pressuposto material o princípio da justificação teleológica.

O princípio da legalidade processual, desdobramento do princípio geral da legalidade (CF, art. 5º, incisos II e LIV), demanda tanto a regulamentação, por lei, dos direitos exercitáveis durante o processo, como também a autorização e a regulamentação de qualquer intromissão na esfera dos direitos e liberdades dos cidadãos, efetuada por ocasião de um processo penal. Logo, por força do princípio da legalidade, todas as medidas restritivas de direitos fundamentais deverão ser previstas por lei (*nulla coactio sine lege*), que deve ser escrita, estrita e prévia. Evita-se, assim, que o Estado realize atuações arbitrárias, a pretexto de aplicar o princípio da proporcionalidade.

Por sua vez, o princípio da legalidade é essencial ao Estado Democrático de Direito, e, por esta razão, deve obediência à Constituição Federal no momento de elaboração das leis, assegurando aos cidadãos a segurança jurídica e o prévio conhecimento das normas, servindo, ainda, na construção do direito em conformidade com os valores e com a própria realidade social.

A consagração deste princípio está no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Tal regra determina que o poder público não poderá impor qualquer exigência às pessoas sem a existência prévia de lei.

Segundo os ensinamentos de Silva (2002, p 419/420), este princípio deve ser compreendido dentro do sistema constitucional vigente sobre o texto disposto no artigo 5º, inciso II da Constituição Federal:

O texto não há de ser compreendido isoladamente, mas dentro do sistema constitucional vigente, mormente em função de regras de distribuição de competência entre os órgãos do poder, de onde decorre que o princípio da

legalidade ali consubstanciado se funda na previsão de competência geral do Poder Legislativo para legislar sobre matérias genericamente indicadas, de sorte que a ideia matriz está em que só o Poder Legislativo pode criar regras que contenham, originariamente, novidade modificativa da ordem jurídico-formal, o que faz coincidir a competência da fonte legislativa com o conteúdo inovativo de suas estatuições, com a consequência de distingui-la da competência regulamentar.

Tratar do princípio da legalidade é verificar a lei em sentido formal, ou seja, se os atos emanados do Poder Legislativo estar em conformidade com o processo legislativo.

A doutrina geralmente cuida conjuntamente do princípio da legalidade e da reserva legal, embora ambos não se confundam. Segundo Silva (2002, p. 421), enquanto o princípio da legalidade significa a submissão e o respeito à lei ou a atuação dentro da esfera estabelecida pelo legislador, a reserva de lei quer dizer que a regulamentação de determinadas matérias há de fazer-se necessariamente por lei formal, além de ser mais específica que o princípio da legalidade.

Ao sistematizar o estudo destes princípios, verifica-se a maior abrangência do princípio da legalidade, que deve incidir em qualquer comportamento jurídico, enquanto o que o princípio da reserva legal incide apenas em matérias especificadas na Constituição Federal, Moraes (2014, p. 42):

O princípio da legalidade é de abrangência mais ampla do que o princípio da reserva legal. Por ele fica certo que qualquer comando jurídico impondo comportamentos forçados há de provir de uma das espécies normativas devidamente elaboradas conforme as regras de processo legislativo constitucional. Por outro lado, encontramos o princípio da reserva legal. Este opera de maneira mais restrita e diversa. Ele não é genérico e abstrato, mas concreto. Ele incide tão somente sobre os campos materiais especificados pela Constituição. Se todos os comportamentos humanos estão sujeitos ao princípio da legalidade, somente alguns estão submetidos ao da reserva da lei. Este é, portanto, de menor abrangência, mas de maior densidade ou conteúdo, visto exigir o tratamento de matéria exclusivamente pelo Legislativo, sem participação normativa do Executivo.

O princípio da legalidade serve de limitação não apenas ao Direito Penal, mas também ao Direito Processual Penal, que deve ter normas claras e definidas, em respeito a duração razoável do processo.

Em conformidade com o princípio da legalidade as normas legais devem ser claras e precisas, devendo o legislador evitar expressões ambíguas equivocadas e vagas que ensejem diferentes entendimentos, exemplo de norma que deve ser evitada é o artigo 45, parágrafo segundo do Código Penal que trata da conversão das penas restritivas de direitos e dispõe “

No caso do parágrafo anterior, se houver aceitação do beneficiário, a prestação pecuniária pode consistir em prestação de outra natureza” (grifo nosso).

Ao fazer esta previsão o Código Penal impõe sanção de conteúdo vago, impreciso e incerto aquebrantando as garantias dos réus, que em hipótese alguma deve ser permitido, segundo Nucci (2008, p. 364):

Prestação de outra natureza: pouco esclareceu o legislador o disposto neste parágrafo, criando uma brecha inadequada para a aplicação da lei penal. Ao estabelecer que é possível substituir pena de prestação pecuniária por “prestação de outra natureza”, deu origem a uma pena indeterminada, o que pode tornar-se ilegal uma vez que abusiva e inadequada.

Por sua vez, princípio do juiz natural remonta à Magna Carta de 1215, aparecendo em seu artigo 20 como garantia de julgamento por órgãos e pessoas do local em que o delito foi cometido.

A nossa Constituição Federal traz esse princípio expresso em seu artigo 5º, incisos XXXVII “não haverá juízo ou tribunal de exceção” e LIII “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”. Portanto, tais proteções proíbem os tribunais de exceção e asseguram o processamento da causa pelo juiz competente.

Existe estreita relação entre o princípio da legalidade e o princípio do juiz natural. Segundo Oliveira (2011, p. 28):

Intimamente conectado ao princípio da legalidade (*nullum crimen sine lege*), o princípio do juiz natural exigia que somente um órgão previamente constituído para o processo de crimes, também anteriormente definidos, isto é, antes de seu cometimento, seria competente para o respectivo julgamento.

Segundo Brasileiro (2013, p. 350): “princípio do juiz natural deve ser compreendido como o direito que cada cidadão tem de saber, previamente, a autoridade que irá processar e julgá-lo caso venha a praticar uma conduta definida como infração penal pelo ordenamento jurídico”.

O direito pátrio adotou o princípio do juiz natural em suas duas concepções: a vedação do tribunal de exceção e a necessidade da competência do juiz ser definida anteriormente à prática do fato. Assim, o órgão do Judiciário deve ser prévio ao fato.

Desta feita, utilizando das palavras de Oliveira (2011, p. 30), pode-se concluir que:

As regras do *juiz natural* dizem respeito às determinações constitucionais acerca da jurisdição brasileira, no âmbito da competência *em razão da matéria* e *em razão da prerrogativa de função*, bem como da proibição do *juiz ou tribunal de exceção*, consequência óbvia do princípio da *impessoalidade* que subordina as relações Estado/Administrado, e, assim, também, Estado/jurisdicionado.

Ressalta-se que tribunal de exceção não é a mesma coisa que justiça especializada ou varas especializadas, já que estas são admitidas constitucionalmente para o julgamento de matérias específicas e decorre da organização do judiciário.

Segundo o princípio da duração razoável do processo, o prazo é uma garantia dada às partes e se trata de uma distância temporal geralmente fixada pela Lei. Foi assegurado nos artigos 7.5 e 8.1 da Convenção Americana dos Direitos Humanos de 1969¹ e recepcionada pelo artigo 5º, parágrafo 2º da Constituição Federal, sendo posteriormente inserida pela Emenda Constitucional nº45 de forma expressa em seu 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”.

Essa limitação temporal quanto à duração do processo interessa ao acusado, fazendo cessar o constrangimento decorrente do processo e limitar o prazo de prisão. Interessa também à vítima, que muitas vezes depende de uma sentença condenatória no âmbito criminal para pleitear a execução de seus direitos com a ação civil *ex delict* ou execução da indenização mínima fixada conforme artigo 387, inciso IV do Código de Processo Penal. Finalmente, interessa, também, à própria sociedade, que vê uma resposta ágil ao delito.

Essa razoável duração do processo representa um dos maiores desafios para o Judiciário, pois é grande a dificuldade em assegurar uma prestação jurisdicional célere e de qualidade sem abandonar as garantias fundamentais das partes. A respeito do assunto, disserta Lopes Junior (2014, p. 123):

Como veremos, quando a duração de um processo supera o limite da duração razoável, novamente o Estado se apossa ilegalmente do tempo do particular, de forma dolorosa e irreversível. E esse apossamento ilegal ocorre ainda que não exista uma prisão cautelar, pois o processo em si mesmo é umapena. Já advertimos do grave problema que constitui o atropelo das garantias fundamentais pelas equivocadas políticas de aceleração do *tempo do direito*. Agora, interessa-nos o difícil equilíbrio entreos dois extremos: de um lado, o processo demasiadamente expedito, em que se atropelam os direitos e

¹Convenção Americana De Direitos Humanos (1969) - Pacto De San José Da Costa Rica no Capítulo II - DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS, traz dispositivos que já garantem a duração do processo razoável, “Artigo 7º - Direito à liberdade pessoal (...) 5. Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo” “Artigo 8º - Garantias judiciais

1. Toda pessoa terá o direito de 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 na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. ”

garantias fundamentais, e, de outro, aquele que se arrasta, equiparando-se à negação da (tutela da) justiça e agravando todo o conjunto de penas processuais ínsitas ao processo penal.

As delongas processuais são problemas não apenas para a vítima, que não encontra no Estado o mínimo de segurança para ter sua dignidade garantida, principalmente em casos onde familiares ficam esquecidos e sem apoio financeiro e psicológico pela perda de um ente, mas também para o infrator, que muitas vezes encara o processo como um sofrimento adicional. Segundo Lopes Junior (2014, p. 124), o processo pode se transformar em pena antecipada pela estigmatização, angústia prolongada, restrição de bens ou pelas prisões cautelares.

A demora excessiva do processo afeta, inclusive, o direito de defesa e o contraditório. Segundo Lopes Junior (2014, p. 124): “A lista de direitos fundamentais violados cresce na mesma proporção em que o processo penal se dilata indevidamente.”

Infelizmente as deficiências burocráticas e a falta de funcionários no sistema de apuração criminal contribuem para a demora na apuração do crime, fazendo surgir o fenômeno da vitimização secundária, ou seja, toda a tenção é voltada para o criminoso, deixando de lado os anseios e expectativas das vítimas, Fernandes (1995, p. 69) sintetiza esta situação:

Há uma grande diferença entre o anseio da vítima, vinculada a um só caso, para ela especial, significativo, raro, e o interesse da autoridade ou agente policial, que tem naquele fato um a mais de sua rotina diária, marcada muitas vezes por outros de bem maior gravidade; ainda, assoberbada pelo volume, impõe naturalmente à autoridade a necessidade de estabelecer prioridades. As deficiências burocráticas, por outro lado, aumentam geralmente a decepção. Não há funcionários suficientes e preparados. Não há funcionários suficientes e preparados. Não há veículos disponíveis para diligências rápidas. Tudo ocasiona demora e perda de tempo. Mais do que tudo isso, muitas vezes a vítima é vista com desconfiança, as suas palavras não merecem logo de início, crédito, mormente em determinados crimes como os sexuais.

Desta feita, o tratamento dispensado às vítimas deve ser de forma compreensiva e tranquilizante. A possibilidade de ampliar as formas de participação da vítima no processo, possibilitando que o dano seja reparado efetivamente é uma medida que auxilia a agilidade processual sem, contudo, deixar de lado as garantias processuais e por esta razão merece ser estudado.

Em relação ao princípio do contraditório tem previsão na Constituição de 1988 em seu artigo 5º, inciso LV, que declara: “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”.

A defesa é o ponto central onde gravita toda a sistemática processual penal, pois sem defesa não há o contraditório. Hoje já não se discute o fato do contraditório precisar estar presente em todos os processos, seja judicial ou administrativo. Até mesmo durante o inquérito policial se defende o direito ao contraditório, porém nesse caso ele ocorreria posteriormente, de forma diferida. A respeito das provas produzidas durante o inquérito policial a Constituição Federal, em que pese a previsão do contraditório, não exigiu que o mesmo ocorresse de forma prévia, observa-se Brasileiro (2013, p.72):

O contraditório sobre a prova, também conhecido como contraditório diferido ou postergado, traduz-se no reconhecimento da atuação do contraditório após a formação da prova. Em outras palavras, a observância do contraditório é feita posteriormente, dando-se oportunidade ao acusado e a seu defensor de, no curso do processo, contestar a providência cautelar, ou de combater a prova pericial feita no curso do inquérito.

Fernandes (2010, p. 57) define o princípio do contraditório com fundamento em dois elementos essenciais, quais sejam, a necessidade de informação e a possibilidade de reação, sendo essa tese defendida também por boa parte do seguimento doutrinário

Em 2008, a Lei 11690 alterou o artigo 155 do Código de Processo Penal para determinar que apenas a prova produzida em contraditório pode servir para a convicção do juiz: “O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”.

Por esta razão, vale a observação acima sobre o contraditório diferido, uma vez que existem provas que não podem ser repetidas durante o processo, sendo válida sua utilização em decorrência do contraditório em juízo.

1.1.3 A dignidade da pessoa humana e as partes processuais

Não se pretende trazer neste tópico a trajetória dos significados da dignidade da pessoa humana nos pensamentos filosóficos ao longo dos tempos, mas a noção na perspectiva jurídico constitucional como norma e princípio.

Por sua vez, vale destacar, que a dignidade humana como hoje é reconhecida, tem bases religiosas e filosóficas. Segundo Barroso (2012, p. 14), “se assenta sobre o pressuposto de que cada ser humano possui um valor intrínseco e desfruta de uma posição especial no universo”.

O embasamento teórico do princípio da dignidade da pessoa humana é o Iluminismo, ainda conforme ressalta Barroso (2012, p. 13):

Foi apenas com o iluminismo que o conceito de dignidade começou a ganhar impulso. Somente então a busca pela razão, pelo conhecimento e pela liberdade foi capaz de romper a muralha do autoritarismo da superstição e da ignorância, que a manipulação da fé e da religião havia construído em torno das sociedades medievais.

Vale ressaltar ainda que, após a 2ª Guerra Mundial, frente às atrocidades desse período, a dignidade da pessoa humana foi consagrada pela Declaração Universal da ONU de 1948 e se tornou expressa em Constituições de diversos países.²

A dignidade da pessoa humana situa-se como fundamento constitucional, disposta no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: a dignidade da pessoa humana;”

A Constituição de 1988 foi a primeira na história do Brasil a prever um título próprio destinado aos princípios fundamentais. Desta forma, observa-se a intenção do legislador em outorgar aos princípios fundamentais a qualidade de normas bases e informativas de toda ordem constitucional.

A dignidade humana não é criação do legislador constituinte, esse apenas reconheceu expressamente sua existência, e colocá-la como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, é de fundamental importância para o desenvolvimento de todos os direitos fundamentais, a respeito desse princípio diz Silva (2002, p. 105), “é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem”.

Assim, o fato do Constituinte ter elencado a dignidade da pessoa humana no rol dos fundamentos da nossa República faz com que ela assuma, além da função principiológica, também a função de regra jurídica.

É possível perceber, portanto, que o ser humano ocupa a posição de destaque no Direito, sendo que sua dignidade é seu bem maior, Santos (2014, p. 27), destaca que:

Como referência e ocupando posição central do Direito, encontra-se o ser humano, sendo que sua dignidade é um bem maior a servir de referência e estrutura a todos os direitos fundamentais, à autonomia individual e a personalidade de cada indivíduo, funcionando essa dignidade como fundamento e limites dos direitos indispensáveis.

²SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. cit., p.76-7 realizou um apanhado sobre a da dignidade da pessoa humana na legislação comparada e exemplificou com as Constituições da Alemanha (art. 1º, inc. I), Espanha (preâmbulo e art. 10.1), Grécia (art. 2º, inc. I), Irlanda (Preâmbulo) e Portugal (art. 1º), Itália (art. 3º) e Bélgica que apenas incluiu referido princípio com a reforma de 1994. Dentre os países do Mercosul, apenas o Brasil (art. 1º, Inc. III) e o Paraguai (preâmbulo) guindaram o valor da dignidade ao *status* Constitucional.

A conceituação da dignidade da pessoa humana é de grande complexidade, sendo alvo de muita discussão entre os estudiosos do direito, frente ao subjetivismo do termo, que aborda vários aspectos, principalmente religião, história e política, temos a lição de Michael Sachs apud Sarlet (2012, p. 49):

(...) diversamente do que ocorre com as demais normas jusfundamentais, não se cuida de aspectos mais ou menos específicos da existência humana (integridade física, intimidade, vida, propriedade etc), mas, sim, de uma qualidade tida como inerente ou, como preferem outros, atribuída a todo e qualquer ser humano, de tal sorte que a dignidade – como já restou evidenciado – passou a ser habitualmente definida como constituindo o valor próprio que identifica o ser humano como tal, definição esta que, todavia, acaba por não contribuir muito para uma compreensão satisfatória do que efetivamente é o âmbito de proteção da dignidade, na sua condição jurídico-normativa.

A generalidade e abstração são características fortes dos direitos humanos, Machado (2002, p. 358/359):

A dignidade da pessoa humana representa uma síntese, dotada de um elevado grau de generalidade e abstração, dos principais desenvolvimentos teológicos, filosóficos, ideológicos e éticos-políticos resultantes da reflexão multi-secular em torno da pessoa e do significado que as suas capacidades, exigências e objetivos espirituais, morais, racionais, intelectuais, emocionais, físicos e sociais, juntamente com suas limitações e necessidades devem assumir na conformação da comunidade política.

Seguindo esta linha de pensamento, Sarlet (2012, p. 73), apresenta um conceito sobre a dignidade da pessoa humana:

Assim sendo, temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida

Apesar da apresentação do conceito acima citado, é importante deixar claro que não há uma definição fechada e absoluta sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, pois, de sua própria noção, tudo o que se encontra em nosso ordenamento pode ser com ela relacionado, mesmo que de forma indireta, devendo sempre se cuidar para que o seu sentido não fique esvaziado.

Sem prejuízo de todos os significados, conceitos e características do princípio da dignidade da pessoa humana, importante destacar que estes servem de limitação à atuação estatal. Essas limitações podem ser observadas tanto em uma perspectiva negativa, no sentido de que a pessoa não será objeto de ofensas e humilhações, bem como em uma perspectiva impositiva, onde o Estado deve garantir a dignidade de todos, incluindo às vítimas de crimes.

A Constituição Federal procura estabelecer uma unidade de sentido entre seus princípios e regras com os direitos fundamentais, fazendo da pessoa humana fundamento e fim da sociedade e do Estado. Conforme constata Geddert-Steinacher, *apud* Sarlet (2012, p. 124), a relação entre a dignidade e os direitos fundamentais é uma relação *sui generis*, uma vez que a dignidade da pessoa assume simultaneamente a função de elemento e medida dos direitos fundamentais, de tal sorte que, em regra, a violação de um direito fundamental está vinculada a uma ofensa à dignidade da pessoa. Nessa perspectiva, afirma Barroso (2012, p. 75) que:

a dignidade humana e os direitos humanos (ou fundamentais) são intimamente relacionados, com duas fases de uma mesma moeda ou, para usar uma imagem comum, as duas fases da Jano. Uma voltada para a filosofia, expressa os valores morais que singularizam todas as pessoas, tornando-as merecedoras de igual respeito e consideração; a outra voltada para o direito, contemplando os direitos fundamentais.

Nesta linha de raciocínio, e considerando o fato de serem os direitos fundamentais concretização em maior ou menor escala da dignidade da pessoa humana, é comum observar decisões judiciais que se referem à dignidade da pessoa humana não como fundamento isolado, mas relacionado com algum direito fundamental.

Desta feita, segundo Sarlet (2012, p. 124), frente ao alto grau de abstração do princípio da dignidade da pessoa humana, é comum que em um caso concreto primeiramente se busque verificar a ofensa a determinado direito fundamental para depois explicitar o conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana.

O que não é possível é desvincular o princípio da dignidade da pessoa humana do modelo de estado que adotamos. Nesse sentido, Santos (2014, p. 44):

O modelo de Estado democrático é aquele em que os direitos humanos são reconhecidos aos homens sob a denominação de direitos fundamentais que, dessa maneira se tornam cidadãos, constituindo, assim, um conjunto de direitos com hierarquia superior às demais normas do sistema, de forma a garantir que não existam discriminações.

Outro ponto de destaque ao estudar a dignidade da pessoa humana é saber se essa possui caráter absoluto ou se há possibilidade de relativização. Ao partir da premissa de que a

dignidade da pessoa humana é absoluta, inalienável, irrenunciável e intangível, não seria possível relativizá-la frente aos valores sociais mais relevantes, em busca do bem estar social.

O problema da relativização do princípio da dignidade da pessoa humana é levantado também por Sarlet (2012, p. 150/151):

(...) parece-nos irrefutável que, na esfera das relações sociais, nos encontramos diuturnamente diante de situações nas quais a dignidade de uma determinada pessoa (e até mesmo de grupo de indivíduos) esteja sendo objeto de violação por parte de terceiros, de tal sorte que sempre se põe o problema – teórico e prático – de saber se é possível, com o escopo de proteger a dignidade de alguém, afetar a dignidade do ofensor, que, pela sua condição humana, é igualmente digno, mas que, ao menos naquela circunstância, age de modo indigno e viola a dignidade dos seus semelhantes, ainda que tal comportamento não resulte – como já anunciado alhures – na perda da dignidade.

Diante da existência de divergências de entendimento, aparentemente o caminho mais seguro a seguir é admitir que o princípio da dignidade da pessoa humana pode ser relativizado, mas não excluído. Assim, na doutrina argumenta-se que a própria pena de prisão de alguém pela prática de um crime já relativiza a dignidade relacionada a liberdade. Barroso (2012, p. 18), e, no mesmo sentido Sarlet (2012, p. 164), diz que a prisão, em que pese a restrição da liberdade pessoal, não assume a condição de ofensa, uma vez que é justificada pela necessidade de coibir e prevenir violações da dignidade e direitos fundamentais de terceiros.

As teorias que defendem o caráter absoluto da dignidade, imunizando-a de qualquer restrição, são deveras minimalistas ou restritivas da dignidade, reconhecendo sua compatibilidade com as cláusulas pétreas Sarlet (2012, p. 166).

Entretanto, o que não se pode admitir é violação da dignidade das pessoas presas, pois qualquer pessoa, mesmo aquelas que porventura tenham cometido crimes, têm que ter respeitada sua dignidade, não sendo admissível submetê-las a tratamentos cruéis ou a cumprimento de penas em presídios superlotados em condições precárias.

Da mesma forma que a doutrina e a jurisprudência pugnam pela preservação da dignidade das pessoas presas, também importa estudar e refletir sobre a dignidade das vítimas de crimes, as quais sofrem moral, material e psicologicamente os impactos do delito. Isso sem contar quando o crime atinge toda uma família, deixando esta desamparada, porque seu arrimo foi morto como decorrência do delito e não tinha previdência ou seguro para seus pertences ou, ainda, seguro de vida, ou também em razão de ter sido privada de um bem essencial: a sua vida.

Relativizar a dignidade da vítima é considerar todo o caminho que as vítimas precisam percorrer como auxiliares do Estado na persecução penal, sendo inadmissível deixá-las ao desamparo quando a reparação do dano for impossível, seja em razão da não descoberta da autoria, ou porque o autor do delito é insolvente, ou, ainda, porque a sentença demorou demais para ser proferida.

O princípio da dignidade da pessoa humana em termos constitucionais é entendido como multifuncional, por essa razão, depende do cumprimento de outros direitos fundamentais expressos no texto constitucional, a exemplo o reparo a integridade psíquica, moral e material, Vilhena Vieira (2006, p. 63) afirma que ela está vinculada “a um grande conjunto de condições ligadas à existência humana, a começar pela própria vida, passando pela integridade física e psíquica, integridade moral, liberdade, condições materiais de bem estar etc.”

Diante do que foi exposto, a dignidade da pessoa humana não possui um significado fechado, definido, pelo contrário, sua significação é a mais ampla possível, englobando respeito a sua integridade física, emocional, condições materiais de bem estar. Por esta razão o presente estudo se debruça sobre a importância da reparação do dano às vítimas de crimes como forma de possuir uma sociedade mais justa e sustentável.

1.2 Vitimologia

Primeiramente insta esclarecer que a vítima é um dos objetos de estudo da criminologia, ciência empírica e interdisciplinar, García-Pablos De Molina (1997, p. 33), diz que:

Cabe definir a criminologia como ciência empírica e interdisciplinar, que se ocupa do estudo do crime, da pessoa do infrator, da vítima e do controle social do comportamento delitivo, e que trata de subministrar uma informação válida, contrastada, sobre a gênese, dinâmica e variáveis principais do crime – contemplado este como problema individual e como problema social -, assim como sobre os programas de prevenção eficaz do mesmo e técnicas de intervenção positiva do homem delincente.

A criminologia é considerada como ciência, uma vez que reúne informação válida e confiável, sendo estudada sobre o enfoque do problema criminal. Seu estudo é realizado a partir do chamado método empírico, o qual se baseia na análise e observação da realidade.

O Direito Processual Penal não demonstra tanta empatia com a vítima, por esta razão outras ciências tais como a criminologia e vitimologia centralizaram esforços para estudo e compreensão da mesma. Conforme ressalta García-Pablos de Molina (1997, p. 66), o Estado

responde aos delitos com critérios vingativos, retributivos, em desacordo com elementares exigências reparatórias, de maneira que a vítima tem um papel puramente “testemunhal”, ficando ao desamparo. Por esta razão, iniciou-se a partir de 1940, com Von Henting e Benjamim Mendelsohn, estudos sistematizados, cujo o protagonista foi a vítima do delito. Desta feita, a vitimologia desenvolveu-se como um dos ramos da ciência da criminologia.

Sucessivamente, vêm ocorrendo encontros e movimentos que visam discutir a valorização das vítimas dentro da nossa sistemática, a obra intitulada “Vítima”, de Edgard de Moura Bittencourt, de 1971 é a primeira obra brasileira sobre Vitimologia aprovada no 1º Congresso Brasileiro de Política Criminal e Penitenciária, realizado em Brasília, de 27 a 30 de setembro de 1981, promovido pelo Conselho Nacional de Política Penitenciária do Ministério da Justiça.

No ano de 1984, foi fundada a Sociedade Brasileira de Vitimologia (SBV), quando especialistas em diversas áreas do Direito, Medicina, Psiquiatria, Psicanálise, Psicologia, Sociologia e Serviço Social uniram-se para consolidar, no Brasil, os conhecimentos relacionados com a ciência da criminologia.

No ano de 1985, a Organizações das Nações Unidas conferiu conceito do que vem a ser vítima de Criminalidade³:

Entendem-se por "vítimas" as pessoas que, individual ou colectivamente, 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 actos ou de omissões violadores das leis penais em vigor num Estado membro, incluindo as que proíbem o abuso de poder. (...)

O termo vítima inclui 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 situações de carência ou para impedir vitimização.

Ser vítima de crime está relacionada com a violação de seus direitos fundamentais. Por esta razão, estudos que visam amenizar o sofrimento e amparar, mesmo que financeiramente, os vitimados devem ser desenvolvidos como forma de proteger a dignidade daqueles que sofreram com as consequências do crime

Encontros e movimentos que estudam e discutem a valorização das vítimas continuam a ocorrer. No ano de 2000, aconteceu no Brasil, mais precisamente na cidade do

³Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de poder – 1985. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direitos-Humanos-na-Administra%C3%A7%C3%A3o-da-Justi%C3%A7a.-Prote%C3%A7%C3%A3o-dos-Prisioneiros-e-Detidos.-Prote%C3%A7%C3%A3o-contra-a-Tortura-Maus-tratos-e-Desaparecimento/declaracao-dos-principios-basicos-de-justica-relativos-as-vitimas-da-criminalidade-e-de-abuso-de-poder.html>. Acesso em: 19 de abril de 2015.

Rio de Janeiro, o V Congresso Brasileiro de Vitimologia, que, segundo Calhau (2002, p. 39), buscou, dentro de um enfoque interdisciplinar apresentar novas reflexões e soluções para o campo da Justiça.

Dentre os objetivos da vitimologia, destacamos a lição de Brega Filho (2004):

Entre os objetivos finais da vitimologia destacamos os seguintes: evidenciar a importância da vítima; explicar a conduta da vítima; medidas para reduzir a ocorrência do dano; assistência às vítimas, onde incluímos a reparação do dano causado pelo delito

Observa-se que vítima não é apenas aquela que sofreu uma perda material, mas também aquela atingida em sua integridade física e psicológica, bem como os familiares que demonstram dependência econômica daquele que diretamente foi atingido pelo delito. Por esta razão, buscar reparar ou ao menos minimizar os danos decorrentes do delito é de suma importância para os atingidos e para a sociedade, conforme será demonstrado ao longo do trabalho.

Existem diversos trabalhos que estudam as atitudes e experiências da vítima em decorrência da sua passagem pelo processo penal conforme afirma García-Pablos de Molina (2000, p. 106):

Coincidem todas elas em uma constatação: a vítima se sente maltratada pelo sistema legal, injustamente maltratada. Sabe da importância de sua colaboração com a Polícia e a Justiça e, sem embargo comprova que não recebe um tratamento equitativo que compense os prejuízos e os transtornos variados que referida cooperação lhe ocasiona. Os profissionais do sistema ignoram suas atitudes e necessidades, negam-lhe o papel que efetivamente ostenta. É imprescindível, pois, redefinir o papel da vítima-declarante e conscientizar todos os que intervêm no processo penal de suas atitudes e expectativas. Ponderar os prejuízos econômicos, familiares, trabalhistas e outros da mais variada índole que experimenta a vítima quando presta sua colaboração para a Justiça. Atendê-la e informa-la pontualmente de todas as etapas do processo e do significado, com frequência enigmática, para ela, dos ritos e cerimônias processuais. Com isso, não só se faria justiça com a vítima: fomentaria sua colaboração com o sistema legal e se melhoraria equitativamente o seu funcionamento.

O presente estudo concentra esforços na vítima criminal e seus reflexos no Direito Processual Penal, mais precisamente no instituto da reparação do dano como fator de pacificação entre as partes e perante a sociedade, por esta razão, a concepção utilizada sobre vítima é a vitimológica que promove estudos em dois pontos fundamentais a contribuição da vítima no desenvolvimento do crime, conforme será analisado ao tratar dos tipos de vítimas e a reparação do dano causado à vítima do crime.

1.2.1 Antecedentes históricos da participação da vítima no conflito

Durante a evolução da humanidade, três principais fases puderam ser identificadas em relação ao *status* da vítima na solução dos conflitos criminais: a) o período da vingança privada e justiça privada; b) o período do esquecimento da vítima; c) o período do redescobrimento da vítima.

Corroborando com essa ideia, García-Pablos de Molina (1997, p.65-66) dissertam que:

A vítima do delito experimentou um secular e deliberado abandono. Desfrutou do máximo protagonismo- sua “idade de ouro” - durante a época da justiça privada, sendo depois drasticamente “neutralizada” pelo sistema legal moderno (...). A Vitimologia impulsionou durante os últimos anos um processo de revisão científica do “papel” da vítima no fenômeno delitivo sua redefinição à luz dos acontecimentos empíricos atuais e da experiência acumulada. Protagonismo, neutralização e redescobrimento são, pois, três fases que poderiam refletir o *status* da vítima do delito ao longo da história.

Analisando brevemente essas fases, se observa que na Antiguidade tivemos a “Idade de Ouro da Vítima”, período em que predominava a vingança privada. As principais características dessa fase podem ser observadas nos ensinamentos de Mirabete (2010, p. 16):

Na denominada fase da vingança privada, cometido um crime, ocorria a reação da vítima, dos parentes e até do grupo social (tribo), que agiam sem proporção à ofensa, atingindo não só o ofensor, como também todo o seu grupo. Se o transgressor fosse membro da tribo podia ser punido com a “expulsão da paz” (banimento), que o deixava à mercê de outros grupos, que lhe infligiam, invariavelmente a morte. Caso a violação fosse praticada por elemento estranho à tribo, a reação era a “vingança de sangue”, considerada como obrigação religiosa e sagrada.

Portanto, pode-se afirmar que nesse período a reparação dos danos era perseguida simplesmente pela vingança, como uma reação de instinto ou de luta pela honra das tribos, não tendo qualquer objetivo de se buscar a recomposição financeira.

Com o surgimento da sociedade organizada, verificou-se que a vingança sem limites não seria a melhor opção, e a partir desse momento foram sendo colocadas regras de convívio. Entre essas regras estava a de que a vítima e seus familiares, para verificar se sua vingança encontrava-se de acordo com as normas sociais vigentes, deveriam se dirigir a um representante da comunidade ou uma autoridade pública. Foi neste momento que surgiu a figura do juiz imparcial, que intervia em uma relação de terceiro.

Baseados nessa ideia de proporção entre a agressão-punição, tivemos o surgimento da famosa Lei de Talião, muito adotada por legislações antigas, como, por exemplo, o Código

de Hamurabi, o Código de Manu, o Pentateuco e a Lei das XII Tábuas. Embora hoje seja visto como uma infração à dignidade, pois basicamente encontrava-se alicerçada na ideia do “olho por olho, dente por dente”, esse instituto foi muito importante na evolução das penas, pois trouxe a ideia de proporcionalidade entre o delito e a pena. Conforme nos ensina Bitencourt (2006, p.37), “Esse foi o maior exemplo de tratamento igualitário entre infrator e vítima, representando, de certa forma, a primeira tentativa de humanização da sanção criminal.”

Já na Idade Média pode ser observado que a vítima acaba sendo relegada a um segundo plano, a partir do momento em que os senhores feudais e a igreja tomam para si a *persecutio criminis*. Conforme ensinamento de Fernandes (1995, p. 15):

O prestígio vivido pela vítima na Antiguidade começa a mostrar enfraquecimento na Idade Média. Os senhores feudais, a Igreja e os reis passaram e se responsabilizar pela punição dos culpados e, paulatinamente, pela iniciativa dos procedimentos.

Assim, com o desenvolvimento do Direito Canônico a vítima passa a ser um mero colaborador nas informações sobre a agressão, deixando de ser o sujeito central do conflito penal.

No século XII, mais precisamente, temos a cisão entre as fases do protagonismo da vítima e sua neutralização. Nesse período o Estado assume de vez o controle e o exercício da persecução penal, sendo que a imposição de sanções não mais dependia da iniciativa da vítima, assim como não tinha como pretensão atender aos interesses dela.

Portanto, nessa fase o Estado substitui totalmente a função da vítima, tomando para si o *jus puniendi*, passando o direito penal a ser público. Conforme ensinamentos de Fernandes (1995, p. 15), após o fortalecimento das Monarquias e o surgimento do Estado Moderno: “O direito penal é considerado de ordem pública, sendo o crime visto como ofensa à boa ordem social, cabendo ao soberano ou ao Estado reprimi-lo”.

Assim, nessa fase o delito deixa de ser uma violação à vítima passando a ser uma violação à lei. Afasta-se a pretensão de reparar o dano à vítima, surgindo a pretensão punitiva do Estado. Portanto, a atenção passa a ser para o crime, dada a influência da Escola Clássica, e, em relação à vítima, temos a sua neutralização.

Nesse sentido, disserta Saliba (2007, p. 94) que:

O papel da vítima é relegado a segundo plano ou terceiro plano, não mais interferindo no procedimento do sistema penal. Há positividade da vontade da vítima, ou seja: a lei supre a manifestação de vontade, presumindo-a quando necessário. Seu interesse não mais é seu e, mesmo que seja contrária ao caminho ou desfecho tomado, nada pode fazer. Até mesmo interesses estritamente pessoais e patrimoniais, disponíveis e transacionáveis, foram esbulhados pelo Estado.

Já no final do século XVIII é possível observar o início de uma reação, ainda que tímida, ao esquecimento da vítima na resolução do conflito penal, surgindo a reparação de danos como forma de sanção de interesse público. Nessa época tivemos a influência dos estudos de Jeremias Bentham e, um pouco mais tarde, das doutrinas de Lombroso, Ferri e Garófalo, todos da Escola Positiva, que defendiam a reparação de danos à vítima dentro do processo penal. Entretanto, tais estudos mantinham sua atenção muito mais para o estudo do criminoso, permanecendo a vítima em segundo plano.

Somente a partir do século passado, principalmente no período pós-Segunda Guerra, que começamos a observar a saída da vítima do ostracismo. Conforme ensina Fernandes (1.995, p. 18):

Passado o período das duas guerras mundiais, voltam-se atenções para as vítimas de infrações penais, principalmente em virtude da escalada do crime e do vertiginoso crescimento da criminalidade violenta e organizada, mas também para as vítimas das violações dos direitos humanos por governos e organismos oficiais, de maneira mais acentuada em relação às minorias e aos mais desprotegidos.

Portanto, a partir da Segunda Guerra Mundial temos o Estado Social de Direito se orientando para assistir as vítimas de delitos, com o desenvolvimento de ideias de criações de fundos de compensação em favor das vítimas, o que levou ao surgimento de importantes movimentos de direitos humanos ao redor do mundo.

Relativamente a tais movimentos, Comparato (2005, p. 54) sustenta que:

após três lustros de massacres e atrocidades de toda sorte, iniciados com o fortalecimento do totalitarismo estatal nos anos 30, a humanidade compreendeu, mais do que em qualquer outra época da história, o valor supremo da dignidade humana. O sofrimento como matriz da compreensão do mundo e dos homens, segundo a lição luminosa da sabedoria grega, veio a aprofundar a afirmação histórica dos direitos humanos

Uma análise mais apurada permite afirmar que a maximização da vítima se relaciona intimamente com os movimentos humanitários e com a própria dignidade da pessoa humana, que coloca o homem como centro da sociedade. A respeito da preocupação em relação à efetivação dos direitos fundamentais e, por consequência, uma maior atenção para com a vítima, Oliveira (1999, p. 95) disserta que:

O enorme sofrimento e o grande número de mortos nas batalhas da II Guerra Mundial geravam já uma consternação generalizada que veio a ser intensificada quando os horrores dos campos de extermínio e de concentração vieram ao conhecimento público. As torturas, as mortes, a degradação humana, o incrível sofrimento impingido a milhares de pessoas

inocentes criaram na consciência mundial estarecida um dever inarredável de solidariedade para com as vítimas.

Portanto, ao final da Segunda Guerra Mundial a vítima passa novamente a ser observada dentro fenômeno criminal, em uma tentativa de deixar de lado o total abandono que a mesma experimentou na época anterior. Vários estudos relativos a ela foram desenvolvidos, iniciando-se uma terceira fase histórica da participação da vítima na resolução dos conflitos criminais, qual seja, a de seu redescobrimto.

Resumidamente, então, a vítima, no âmbito do processo penal, já esteve em diversas posições. Inicialmente ela se apresentava como ator principal do conflito, na época da chamada vingança privada. Posteriormente, na Idade Média, passou para uma posição secundária, com o fortalecimento dos feudos e da igreja. A partir do momento em que o Estado trouxe para si a titularidade para impor sanções, a vítima passou por um total esquecimento, servindo apenas, como um instrumento para o Estado impor sanção ao delinquente. E, por fim, com o final da Segunda Guerra Mundial, quando o mundo se mostrou perplexo e aterrorizado com as experiências do Holocausto, iniciou-se o período da redescoberta da vítima.

A partir do fim da Segunda Guerra Mundial, pode ser observada no mundo a substituição do modelo de Estado Liberal pelo de Estado Democrático de Direito, que tem como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana, como ressaltado acima, possibilitando o início de movimentos de defesa dos interesses do ofendido, seja com a participação da vítima na solução dos conflitos criminais pela discussão, mediação ou da composição ou ainda pela necessidade efetiva de reparação dos danos quando imprescindível à dignidade da vítima. Além disso, se estabeleceu uma visão da vítima e do ofensor como participantes de uma sociedade multicultural, ganhando força o chamado movimento vitimológico.

Observa-se que o estudo sobre a vítima (um dos objetos de estudo da criminologia) tomou uma proporção tão intensa que surgiu um ramo da criminologia, conhecido como vitimodogmática que, além da autonomia científica, destina-se a trazer para o sistema penal a vítima não apenas como expectador, mas como objeto principal de estudo juntamente com o autor do fato, conforme melhor avaliado no tópico seguinte. Relevante se faz este estudo para que a conduta da vítima venha a ser considerada quando da fixação do *quantum* e da forma de reparação do dano.

O Estado deve conferir à vítima maior amparo, respeitando-a como sujeito de direitos e não apenas como mero objeto de prova no âmbito processual, só assim o princípio da dignidade da pessoa humana em relação à vítima será respeitado.

1.2.2 Vitimodogmática e tipos de vítimas

Conforme disposto anteriormente, a vitimodogmática surgiu como um ramo específico da ciência da criminologia, cujo enfoque é estudar a vítima e sua importância e determinação na fixação de pena ao autor. Por esta razão, o estudo da vítima e da vitimologia é o ponto de partida para a vitimodogmática.

Assim, discorre Silva Sánchez (2001, p. 165)⁴ que a vitimodogmática, partindo de determinações da vitimologia mais clássica, que classifica as vítimas em tipos, conforme será estudado mais à frente, trata de relacionar se um determinado comportamento da vítima repercute na valoração jurídico penal do autor (tradução nossa).

Ainda sobre o sentido e abordagem da vitimodogmática, disserta Meliá (1999, p. 24)⁵: “A questão central da abordagem da vitimodogmática é de determinar em que medida a “corresponsabilidade” da vítima no ocorrido pode ter repercussão sobre a valoração jurídico-penal do comportamento do autor”. (tradução nossa).

Nesse mesmo sentido, Silva Sánchez (2001, p. 165)⁶ ensina que a vitimodogmática busca verificar até que ponto, e em que termos, pode ser reconhecida, em certos delitos, a existência de vítimas que contribuam com o fato criminoso, para, de certa forma, corresponsabilizá-las pelo mesmo, caso tenha contribuído com atos dolosos ou imprudentes. Deve-se em seguida verificar a influência que tal comportamento teve para o delito, podendo atingir diretamente a responsabilidade criminosa do autor do crime, seja atenuando a pena ou até mesmo eximindo-o de responsabilidade.

Dentro da perspectiva acima, valorar o comportamento da vítima na prática do delito é uma observância do princípio da corresponsabilidade ou autorresponsabilidade. Segundo

⁴Texto original: “En la victimo-dogmática, sin embargo, partiendo de determinaciones de la Victimología más clásica, la que clasifica las víctimas según tipologías, se trata de dilucidar si un determinado comportamiento de la víctima ha de repercutir favorablemente en la valoración jurídico-penal del comportamiento del autor”

⁵ Texto original: “La cuestión central que ocupa a las aproximaciones victmodogmáticas es la de determinar em qué medida la corresponsabilidade de la víctima em lo sucedido puede tener repercusiones sobre la valoración jurídico-penal del comportamiento del autor”

⁶ Texto original: “La Victimo-dogmática, en cambio, trata de examinar hasta qué punto (y en qué términos) el reconocimiento de la existencia -en algunos supuestos delictivos- de víctimas que contribuyen al hecho delictivo puede corresponsables del mismo (por haber contribuido a él con actos dolosos o imprudentes) y, seguidamente, influir -en sentido atenuatorio o incluso eximente- en la responsabilidad criminal del autor”.

Silva Sánchez (2001, p. 170/172), existem duas correntes dentro da vitimodogmática: na primeira, o comportamento da vítima deve ser considerado apenas quando da determinação judicial da pena, podendo, no máximo, atenuá-la. Esta situação é considerada no artigo 59 do nosso Código Penal, pois o juiz pode considerar o comportamento da vítima para fixar a pena base. Por outro lado, a segunda corrente considera o comportamento da vítima capaz de excluir a responsabilidade do autor. Com base no princípio da autorresponsabilidade, neste caso haveria uma exclusão da tutela penal para a vítima.

Considera-se que o comportamento da vítima pode, sim, influenciar na fixação da pena base, mas, com razão, muitas são as críticas sobre a isenção de responsabilidade do autor por atipicidade decorrentes de comportamentos da vítima. Isto porque o comportamento da vítima não pode ser significativo o suficiente para desmerecer a proteção penal. Para Silva Sánchez (2001, p. 167), esta situação poderia gerar insegurança jurídica afastando-se de uma das funções do direito penal, que é a pacificação social.

O estudo sobre a vitimodogmática, como ciência que se preocupa com o comportamento da vítima no delito, deve ser cuidadosamente ponderado, já que, a depender do comportamento, seria possível amenizar a responsabilidade do autor do delito e, por consequência, diminuir o montante e a forma em que o dano deveria ser reparado. Isso porque, de alguma forma, a vítima contribuiu para o delito.

Entretanto, em que pese o comportamento da vítima poder ser utilizado para amenizar a punição, acredita-se não ser possível excluir a responsabilidade criminal do autor do fato. Em decorrência da vitimodogmática, não seria aplicável a teoria da imputação objetiva em tais situações.

A teoria da imputação objetiva tem negado a imputação do resultado produzido pelo autor por considerar que o comportamento da vítima teria contribuído para o resultado. Esta teoria também deve ser analisada e interpretada com parcimônia, pois, a depender de como é aplicada, amplia demasiadamente a exclusão da responsabilidade do autor do fato em decorrência da conduta da vítima. Observa-se o que Gênova (2001 p. 47) diz sobre este assunto:

Como anotado, o consentimento da vítima já tem relevância penal nos casos em que o dissenso é elementar do crime e nas condutas lesivas a bens jurídicos disponíveis.

Entretanto, a Teoria da Imputação Objetiva procura ampliar - a nosso ver em demasia - a relevância do consentimento e da conduta da vítima, transformando-os em causas excludentes da tipicidade, mesmo quando o bem atingido for indisponível, como a vida e a integridade física. Acreditamos que isso é muito perigoso e, afirmar que a conduta da vítima sempre excluirá a responsabilidade do autor do crime precedente, é abrir e tornar, cada vez

mais largas, as portas da impunidade.

Não discordamos por completo da Teoria da Imputação Objetiva, mas entendemos que estabelecer os limites dos seus princípios (risco proibido, incremento do risco permitido, finalidade protetiva da norma, proibição de regresso, entre outros) é tarefa das mais árduas, talvez mais difícil do que descobrir a "causa" na teoria da equivalência. E prova disso é que mesmo entre os seus adeptos há divergências na solução de muitos casos.

O que se quer com o presente estudo não é centrar esforços na conduta praticada pela vítima como influência da exclusão da responsabilidade do autor do fato ou do Estado, mas sim, na sustentabilidade do procedimento criminal da reparação do dano, levando em consideração a conduta e a opinião da vítima, dentro da sistemática processual penal, de modo a amenizar seu sofrimento com a possibilidade de responsabilização criminal e da reparação do dano.

A vítima não pode ser considerada culpada, ou ser excluída da proteção estatal, em decorrência do seu comportamento, principalmente caso seu comportamento seja de descuido. Mas o agressor também não deve ser punido em excesso, já que o comportamento da vítima influenciou na prática delitiva. Trata-se de um dilema de política criminal, e, ao que parece, a ponderação deve ser a técnica utilizada para tentar findar o impasse.

Muito se discute sobre a aplicabilidade da vitimodogmática no direito penal, mas, considerando o enfoque central do presente estudo, as noções introdutórias bastam para que possamos considerar esta ciência e ponderá-la na reparação do dano a depender do comportamento das vítimas.

Considerando a ciência vitimodogmática, importa buscar a classificação tipológica sobre as vítimas. Existem várias classificações, mas no presente estudo iremos nos ater a de dois estudiosos, Benjamim Mendelsohn e Hans von Henting.

Conforme narra Penteadado Filho (2010, p. 68), a classificação atribuída a Mendelsohn leva em conta a participação ou provocação da vítima, e ocorre da seguinte maneira:

- a) **vítimas ideais** (completamente inocentes); b) **vítimas menos culpadas que os criminosos** (ex ignorantia); c) **vítimas tão culpadas quanto os criminosos** (dupla suicida, aborto consentido, eutanásia); d) **vítimas mais culpadas que os criminosos** (vítimas por provocação que dão causa ao delito); e) **vítimas como únicas culpadas** (vítimas agressoras, simuladas e imaginárias. (grifos originais)

É possível sintetizar essa classificação em três grupos: no primeiro as vítimas inocentes, que não concorrem de qualquer maneira para o injusto; no segundo, as vítimas provocadoras, que de forma voluntária ou imprudente colaboram com o ânimo criminoso do

agente; e no terceiro grupo, a vítima agressora, simuladora ou imaginária, que, em decorrência de seu comportamento, acaba justificando a legítima defesa de seu agressor.

Já a classificação quanto a vítima realizada por Hans von Henting, é sintetizada por Penteadó Filho (2010, p. 68) da seguinte maneira:

1º grupo – criminoso – vítima – criminoso (sucessivamente), reincidente que é hostilizado no cárcere, vindo a delinquir novamente pela repulsa social que encontra fora da cadeia; **2º grupo – criminoso – vítima – criminoso (simultaneamente)**, casos das vítimas de drogas que de usuárias passam a traficantes; **3º grupo – criminoso – vítima (imprevisível)**, por exemplo, linchamentos, saques, epilepsia, alcoolismo etc. (grifos originais)

Importante observar que uma classificação não exclui a outra. Não é necessariamente a tipologia da vítima que deve ser levada em conta, mas sim a verificação de seu comportamento na prática delitiva que deve estar de acordo com a política criminal.

A reparação do dano, bem como o papel da vítima no fenômeno criminal, é uma preocupação crescente, tanto na vitimologia quanto na vitimodogmática, devendo ser estudadas para que a vítima não tire proveito de sua situação de vítima.

O que se pretende com este estudo é demonstrar a possibilidade de aumentar as situações de pacificação social com a reparação do dano às vítimas reais e efetivas do delito, mesmo que esta responsabilidade sofra pequena diminuição em decorrência do seu comportamento, possibilitar a composição civil entre vítima e infrator tem o objetivo de diminuir os obstáculos processuais e acelerar à reparação de danos civil, com a finalidade satisfazer um dos interesses de quem sofreu com o ilícito criminal.

1.2.3 A vítima no processo penal brasileiro

A sistematização do nosso sistema processual é muito árduo em relação a vítima, não apenas porque a esquece como parte do delito, como também em decorrência da própria disposição para apuração e punição do infrator. Corroborando esta colocação, leia-se o que Molina (1997, p. 67) escreveu a respeito do assunto:

O infrator, de um lado, considera que seu único interlocutor é o sistema legal e que só frente a ele é que contrai responsabilidade. E esquece para sempre de “sua” vítima. Esta, de outro lado, se sente maltratada pelo sistema legal: percebe o formalismo jurídico, sua criptolinguagem e suas decisões como uma imerecida agressão (vitimização secundária), fruto da insensibilidade, do desinteresse e do espírito burocrático daquele. Tem a impressão, nem sempre infundada, de atuar como mero pretexto da investigação processual, isto é, como objeto e não como sujeito de direitos. Tudo isso

aprofunda cada vez mais o distanciamento entre a vítima e o sistema legal, acelerando seu processo de “alienação” em relação àquela.

Para esclarecer os dizeres do autor quanto à vitimização, a doutrina classifica em três diferentes grupos o sofrimento ocasionado pelo delito. Penteadó Filho (2010, p. 74/75) afirma que no primeiro grupo, chamado de vitimização primária, estão os danos efetivamente sofridos pelas vítimas decorrentes do crime, que podem ser materiais, físicos, psicológicos. Na vitimização secundária, encontra-se todo o sofrimento adicional causado à vítima pela dinâmica do sistema de Justiça Criminal, como, por exemplo, o comparecimento à delegacia de polícia, depoimentos em juízo e toda sistemática processual. Por sua vez, na vitimização terciária ocorre a total falta de amparo dos órgãos públicos às vítimas. Nesse contexto é a própria sociedade que não ampara as vítimas e a incentiva a não denunciar o delito às autoridades.

A vítima, quando comparece na Delegacia de Polícia imagina que ali seus problemas serão resolvidos, mas logo percebe que aquele foi apenas o início de um procedimento desencadeador da persecução penal, que ainda vai precisar percorrer uma longa trajetória, com comparecimento ao fórum, realização de reconhecimentos, indicação de testemunhas, além de muitas outras obrigações, já que o resultado final do processo depende muito do interesse da vítima em colaborar. Corroborando com a ideia do primeiro contato da vítima com as delegacias de polícias e repartições policiais, Fernandes (2010, p.59):

Para as vítimas, principalmente quando se trata da primeira experiência, essa situação é, na maioria das vezes, constrangedora. Alimenta normalmente uma grande expectativa de ter os seus problemas logo resolvidos ou pelo menos atenuados e, quase sempre, isso não acontece.

A vítima deve ter um bom atendimento nas Delegacias de Polícia, já que a colaboração da mesma é primordial para que a Polícia realize uma boa investigação, comprovando autoria e materialidade.

Apesar dos danos sofridos com o delito não serem imediatamente solucionados, uma boa investigação pode facilitar a busca pela reparação do dano, seja na sentença condenatória ou em ação civil *ex delicto*.

Não se deve confundir os objetivos e ônus processuais com os direitos que as vítimas vêm paulatinamente adquirindo, os quais ainda estão distantes de serem efetivos de forma a garantir o fim da sobrevitimização de satisfação moral e patrimonial nas soluções processual e estatais.

Observada a importância da vítima na fase inquisitorial, a partir deste momento analisa-se a figura da vítima na ação penal, cujo início, considerando a participação desta,

pode ser de duas maneiras distintas, a primeira delas em ação penal de iniciativa privada, que pode originária/comum, personalíssima ou subsidiária da pública; e, a ação penal de iniciativa pública condicionada a representação da vítima.

Sobre a ação penal privada comum ou originária, vale lembrar o disposto no artigo 30 do Código de Processo Penal e artigo 100, parágrafo 2º do Código Penal: “A ação de iniciativa privada é promovida mediante queixa do ofendido ou de quem tenha qualidade para representa-lo”.Lopes Junior (2014, p. 285), afirma: “tratar-se de ação penal privada tradicional, sem qualquer especificidade, podendo ser ajuizada através da queixa, no prazo decadencial de 06 meses, pelo ofendido ou seu representante legal”.

Nesta situação, a vítima atua com pretensão acusatória enquanto que a aplicação da pena continua a cargo do Estado/Juiz. A pretensão da vítima será exercida através da queixa crime e esta ação será utilizada quando a lei dispuser expressamente “somente se procede mediante queixa”.

Por sua vez, a ação penal privada personalíssima é restrita à iniciativa pessoal da vítima, conforme narra Lopes Junior (2014, p. 285) “significa que não se opera a sucessão prevista no art. 31 do CPP e, por consequência, com a morte do ofendido, extinguem-se a punibilidade e a ação penal”.

A ação penal privada subsidiária da pública possui previsão no artigo 5º, inciso LIX, artigo 29 do Código Penal e no artigo 100, parágrafo 3º do Código de Processo Penal. Este dispõe que: “A ação de iniciativa privada pode intentar-se nos crimes de ação pública se o Ministério Público não oferece denúncia no prazo legal. ”

Nesta situação, a vítima pode realizar o controle da ação penal pública através da queixa subsidiária, na situação em que o titular da ação penal, o Ministério Público, ficou inerte. Em referência à ação penal privada subsidiária da pública, Lopes Junior (2014, p. 285) diz que: “também chamada de queixa substitutiva, exige uma atenção maior, pois se trata de uma legitimação extraordinária para o ofendido exercer ação penal em um crime que é de iniciativa pública”.

Este tipo de ação, conforme narrado acima, decorre de situações em que o Ministério Público fica inerte. A respeito dessa inércia do órgão ministerial, Lopes Junior (2014, p. 286), disserta: “Por inércia do MP compreende-se o fato de ele não acusar, nem pedir diligências tampouco o arquivamento”.

Importante ressaltar que a ação penal privada subsidiária da pública não se transforma em ação penal privada, mas continua sendo ação penal pública, porém com legitimação extraordinária.

Sobre a ação penal privada e a vítima, disserta Fernandes (2010, p. 85):

A vítima na ação penal privada, exercendo a função de substituto processual, tem amplos poderes na persecução do suspeito e do réu. Como rege o princípio da disponibilidade e, por consequência o da oportunidade, pode deixar de acusar, renunciando ao seu direito, e, após instaurado o processo, desistir de dar-lhe seguimento ou perdoar o imputado.

Tanto a ação penal privada e ação penal privada subsidiária da pública, visam dar à vítima maiores poderes dentro do processo criminal. Na primeira de forma exclusiva e na segunda hipótese de forma substitutiva, em decorrência da inércia do Ministério Público.

Por sua vez, na ação penal pública também foi reservada às vítimas certa relevância, como, por exemplo, ao condicionar a persecução penal à sua vontade e à possibilidade de exercer a *ação civil ex delicto*, assunto que será tratado em tópico próprio.

A respeito da ação penal pública condicionada à representação, com previsão expressa no artigo 24 do Código de Processo Penal, ela decorre de situações em que a lei condiciona o início da ação penal à representação do ofendido, ou de quem tenha qualidade para representá-lo. Dispõe referido artigo que: “Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.”

A respeito da natureza jurídica da ação penal pública condicionada à representação, há na doutrina quem defenda tratar-se de condição da ação, havendo posições também no sentido de tratar-se de condição de procedibilidade. Lopes Junior (2014, p. 275), a respeito do assunto, ressalta que:

Para nós, é uma condição da ação, mas alguns autores definem como *condição de procedibilidade*. De qualquer forma, o que importa é que o MP não pode proceder contra alguém sem que exista essa autorização do ofendido (nem mesmo o inquérito pode ser formalmente instaurado sem ela, diante da exigência do art. 5º, § 4º, do CPP).

Diversas são as razões para condicionar a ação penal pública à vontade das vítimas. Fernandes (2010, p. 93) elenca algumas delas, como, por exemplo, resguardar a esfera privada e íntima da vítima; depender a realização de prova de colaboração do ofendido; prevalência do interesse da reparação civil sobre o interesse de punição criminal, dentre outros.

Hoje, as hipóteses de representação estão previstas tanto no Código de Processo Penal quanto em legislação especial, e o condicionamento à representação é uma das formas de ampliar a participação da vítima no processo penal. Corroborando com a importância do

condicionamento da representação para a ação penal pública, Fernandes (2010, p. 94), diz que:

Aliás, não só deve ser mantido o condicionamento da persecução pública à vontade da vítima, como até deve ser ampliado para outras hipóteses em face de novas exigências. Primeiro em razão da necessidade de diminuir os processos instaurados. Depois porque, em certas infrações, a ajuda da vítima é imprescindível e, assim condicionar a ação estatal à sua manifestação de vontade significa ter certeza de que ela irá comparecer, prestar declarações esclarecedoras e auxiliar na persecução penal.

Verificada a importância da vítima na ação penal privada e na ação penal pública condicionada à representação, também importa observar que a vítima possui poderes auxiliares no Processo Penal, quando é admitida como assistente de acusação

A participação da vítima no processo penal como assistente da acusação tem previsão expressa nos artigos 268 a 273 do Código de Processo Penal, lembrando que esta possibilidade ocorre em crimes de ação penal pública, cujo titular da ação penal é o Ministério Público.

A punição do infrator não é interesse apenas do Estado, mas também da vítima, pois esta sofre com danos patrimoniais, físicos e morais e tem todo interesse que a punição seja aplicada.

A vítima, habilitando-se como assistente da acusação, atuará no polo ativo, juntamente com o Ministério Público, podendo acompanhar as atividades dos órgãos públicos, propor meios de prova, requerer perguntas às testemunhas, participar do debate oral e arrazoar os recursos interpostos pelo Ministério Público ou por ele próprio.

A natureza jurídica do Assistente da Acusação é acessória. Vejamos o que diz Lopes Junior (2014, p. 559):

O assistente da acusação é uma parte secundária, acessória, contingencial, pois o processo independe dele para existir e se desenvolver. É, assim, recorrente dizer-se que sua natureza jurídica é a de parte contingente, secundária. É uma parte, mas não principal, pois sua atividade processual é acessória em relação àquela desenvolvida pela parte principal, que é o Ministério Público.

A respeito da legitimidade do Assistente da Acusação, o artigo 268 do Código de Processo Penal dispõe poder atuar o ofendido ou seu representante legal, ou, na sua falta, o cônjuge, incluindo o convivente em união estável, ascendente, descendente ou irmão.

Há quem defenda o instituto da Assistência da Acusação, afirmando tratar-se de uma das formas de realizar a justiça. Observa-se tal colocação no REsp 135549, Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, publicado em 26/10/1998:

RESP – RECURSO – ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO. O Processo penal, complexo de relações jurídicas que têm por objetivo a aplicação da lei penal. Não há partes, pedido ou lide, nos termos empregados no processo civil. Juridicamente, acusação e defesa conjugam esforços, decorrência do contraditório e defesa ampla, para esclarecimento da verdade real. Ninguém pode ser condenado sem o devido processo legal. O assistente também interessado na averiguação da verdade substancial. O interesse não se restringe à aquisição de título executório para reparação de perdas e danos. O direito de recorrer, não o fazendo o Ministério Público, se dá quando a sentença absolveu o réu, ou postulado aumento da pena. A hipótese não se confunde com a justiça privada. A vítima, como o réu, tem direito à decisão justa. A pena, por seu turno, a medida jurídica do dano social decorrente do crime.

Entretanto, o referido instituto sofre árduas críticas por parte da doutrina. Lopes Junior (2014, p. 560/561) ressalta que a intervenção do Assistente de Acusação tem basicamente dois interesses, a vingança e/ou interesse econômico:

Bastante frágil é a alegação de que o assistente está interessado em “fazer (ou contribuir para a) justiça”, pois que conceito de *justiça* é esse que somente se conforma com uma sentença condenatória? Falar em “sentença justa”, nesse caso, é recorrer a um conceito vago, que oculta, no fundo, uma visão unilateral e vingativa, pois a tal “sentença justa” somente existe quando condenatória. Sim, por que ninguém se habilita como assistente para postular a absolvição do acusado...

Quanto ao *interesse econômico*, recordemos as explicações que fizemos ao tratar da “ação civil *ex delicti*” anteriormente. Há situações em que uma mesma ação ou omissão gera efeitos nos dois (civil ou penal) ou três campos (civil, penal e administrativo). O assistente ingressa no processo penal para buscar uma sentença penal condenatória que, além de fixar um valor mínimo a título de indenização para a vítima (art. 387, IV), com o trânsito em julgado, irá constituir um título executivo judicial na esfera cível, nos termos do art. 475-N, II, do CPC (nova redação dada pela Lei n. 11.232/2005).

Não se deve confundir a possibilidade de ampliar a participação da vítima no Processo Penal com o sentimento de vingança, pois ocorreria um retrocesso. Ao que parece, o instituto da Assistência teve o intuito inicial de possibilitar que a vítima estivesse sempre informada das ocorrências processuais. Hoje temos alterações pontuais ocorridas no Código de Processo Penal ampliando alguns direitos da vítima na persecução penal, a exemplo da Lei 11.690, que alterou o artigo 201, inserindo o parágrafo 2º que determina que o ofendido será avisado dos atos processuais relativos à prisão ou liberdade do acusado.

Assim, o instituto da Assistência vem sendo utilizado não apenas para que a vítima obtenha informações sobre os atos processuais, mas também para ajudar o Ministério Público objetivando a acusação, nesse sentido, Fernandes (1995, p. 122):

Nos crimes de ação pública, haverá assistência quando o terceiro, voluntariamente, ingressar como colaborador do Ministério Público. Estará legitimado a auxiliar porque a condenação pode refletir em relação jurídica

estabelecida entre ela e o réu (assistência litisconsorcial), ou em razão de outro interesse no resultado condenatório (assistência simples ou adesiva)

Vale lembrar que, entre diversos danos sofridos pela vítima, o patrimônio, em que pese não ser o único, também é lesado, sendo de interesse desta que, como assistente da acusação, possa colaborar de forma mais direta e efetiva para obtenção de uma sentença condenatória, a qual poderá, pela sistemática atual, ser executado no juízo cível, assunto que será mais à frente tratado, no tópico a respeito da ação civil *ex delicto*.

Existem, ainda, previsões no Código de Processo Penal que desrespeitam a vítima em sua essência, como, por exemplo, o artigo 201, parágrafo 1º, que prevê a possibilidade de condução coercitiva. Temos também posições doutrinárias que entendem viável o processamento de vítimas por crime de desobediência, se esta não comparecer à realização de exames periciais. Estas previsões apenas se justificam pelo período em que o Código de Processo Penal foi escrito, conforme sugere Fernandes (1995, p. 77):

No Código de Processo Penal, pende-se a prestigiar o interesse na repressão ao crime. Compreensível essa posição em face da época em que foi promulgado, quando ainda não ressurgia à tona a vítima como figura importante dentro da investigação e do processo. Pode, então, a autoridade adotar medidas rigorosas para força-la a auxiliar na investigação. Pode, se ela não quer ser submetida a exame de corpo de delito, instaurar inquérito policial por desobediência à ordem legal, conduzi-la para perícias externar de fácil realização (lesão corporal), não compeli-la contudo a exame que implique ofensa à sua integridade, à sua intimidade.

Ainda hoje há disposições, como as acima comentadas, que não condizem com o processo penal democrático, tanto que a Lei 11.690/2008, que deu nova redação ao artigo 217 do Código de Processo Penal, possibilitando a inquirição da vítima por videoconferência, para evitar humilhação, temor ou constrangimento ao dar seu depoimento na presença do acusado.

A moderna criminologia não advoga em prol do retorno à idade de ouro, da vingança privada, como forma de inserir a participação da vítima no processo penal, mas em designar mais dinâmica à solução de fatos delituosos, o que vem paulatinamente ocorrendo. Não se pode permitir que a vítima deixe de buscar seus direitos junto à Justiça por não acreditar em uma solução digna e eficaz. Por esta razão a legislação vem aos poucos inserindo institutos que revalorizam a vítima e se preocupando com a garantia de sua dignidade como pessoa humana.

O capítulo seguinte terá o intuito de discutir o instituto da reparação dos danos e as maneiras que a vítima pode beneficiar-se e participar do processo, seja pela ação civil *ex delicto*, seja se beneficiando de novidades legislativas que ampliaram a participação da vítima no processo penal. Será analisado o projeto que altera o Código de Processo Penal no tocante

a reparação do dano, os aspectos penais da reparação do dano, discutindo e sendo objeto de reflexão a possibilidade ou impossibilidade da despenalização pela reparação do dano. Por fim, ocorrerá a verificação da possibilidade da reparação do dano ocorrer por parte do Estado, tendo em vista o bem estar e a dignidade das vítimas de crimes.

2 REPARAÇÃO DO DANO À VÍTIMA DE CRIME

O direito processual penal não deve ser entendido apenas como o instrumento que legitima a punição estatal ao autor de uma infração penal, mas também como uma forma de promover a solução de problemas sociais e comunitários. Nesse contexto, a reparação do dano à vítima do delito é um fator que permite a pacificação social, contribuindo para a ressocialização do infrator e o fortalecimento de uma política criminal de prevenção.

Assim, o Processo Penal Democrático deve ser interpretado como um instrumento para garantir a solução dos conflitos com dignidade, ampliando e valorizando a participação da vítima, seja com a reparação do dano que este sofreu, seja com a ampliação de sua participação no processo.

Por esta razão, este capítulo realiza o estudo acerca da reparação do dano à vítima de crime. Serão abordados a evolução histórica, os elementos que diferenciam a reparação civil e a penal, os reflexos penais e processuais penais sobre a reparação do dano, as previsões legislativas de reparação, bem como as formas como as vítimas podem atualmente recorrer-se para amenizar seu sofrimento.

Serão analisadas, ainda, as alterações do Código de Processo Penal ocorridas em 2008 a respeito das vítimas, bem como o projeto de Lei 8045/2010, que se encontra tramitando na Câmara dos Deputados e possui Título sobre “ Dos direitos da vítima”. Nesse diapasão, serão considerados os reflexos penais da reparação do dano à vítima, incluindo a possibilidade de despenalização em decorrência de tal instituto.

Por fim, se analisará a reparação do dano por parte do Estado como fator de pacificação social, considerando o disposto no artigo 245 da Constituição Federal, bem como sua necessária regulação frente ao princípio da dignidade da vítima de crimes.

2.1 Evolução histórica da reparação do dano

Inicialmente, convém destacar que, conforme ensina Fernandes e Marques (1992, p. 8), a reparação do dano não encontrou lugar na fase histórica da vingança divina, pois neste período a pena era uma resposta ao pecado e o castigo não visava a satisfação da vítima, mas sim à divindade.

Analisando a pena de reparação de dano, pode ser observado que ela antecede não só as penas aflictivas, como também a privativa de liberdade. Ela é tratada em legislações antigas,

como o Código de Hamurabi (século XII A.C.), leis de Israel e Lei das XII Tábuas, Fernandes e Marques (1992, p.7).

Quando se abordou a evolução da humanidade, foi destacada a fase da vingança privada, na qual a vítima possuía liberdade de reação, geralmente procurando vingar-se, fato que ocasionava conflitos entre os diversos grupos e famílias, o que acabava por dificultar a convivência em sociedade.

Posteriormente, visando colocar um freio à violência e evitar o conflito entre as famílias, a reparação do dano evoluiu, sendo promovida com o pagamento de uma quantia à vítima ou seus parentes. A respeito do assunto, disserta Fernandes e Marques (1992, p. 7):

No século V, com a queda do Império Romano do Ocidente, os povos germanos trouxeram para a Europa Ocidental a prática de **Vehrgeld** (de **vehr**-defesa; **geld**- dinheiro), que consistia no pagamento de uma quantia à vítima ou seus parentes pelo culpado de um delito. Era o chamado “preço do homem”, que, não sendo pago, certamente conduziria a um conflito entre as famílias da vítima e do culpado.

No período acima citado é importante ressaltar que havia distinção social na aplicação da pena de reparação, a depender da classe que o ofendido pertencia, da sua idade, ou, ainda, de seu sexo.

Posteriormente, passou-se ao período da vingança pública, onde a pena não tinha finalidade reparatória, mas sim a de reafirmar o poder do soberano. As características dessa fase podem ser extraídas da obra Foucault (1999. P.8/34), como suplício, onde as punições eram “espetáculos” em praças públicas visando exaltar o poder do soberano.

No Brasil, as Ordenações Filipinas, que vigorou de 1603 até 1830, serviu de retrato dos castigos e suplícios em nome da vingança pública. Nessa legislação eram confusas as ideias de reparação e pena de multa, Fernandes e Marques (1992, p. 8).

Com os movimentos humanitários desencadeados pela Revolução Francesa de 1789 e, posteriormente, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, houve uma inspiração para a elaboração de diversas Constituições com vista a garantir a dignidade das pessoas. Entre essas Constituições podemos citar a Imperial de 1824, que de forma expressa aboliu as penas cruéis e de torturas.

Especificamente em relação ao instituto da reparação do dano, o Código Criminal do Império de 1830 tinha capítulo intitulado “Da Satisfação”, que fazia previsão sobre ele em seu artigo 21, informando que o delinquente satisfaria o dano. Por consequência, o Código de Processo Criminal de 1832 deu competência ao Júri para determinar a reparação do dano, Fernandes e Marques (1992, p. 8):

Em consonância com os dispositivos relativos à reparação do dano, previstos no Código Criminal do Império, o Código de Processo Criminal de 1832 deu competência ao Júri para avaliar e determinar a indenização do dano e em seu art. 79 estabelecia, como um dos requisitos da peça acusatória, a determinação do "valor provável do dano sofrido".

Observa-se que há muito tempo existe a efetiva preocupação com a reparação do dano à vítima, tendo em vista ser esta uma forma de proteger sua dignidade, sobre o assunto discorre García-Pablos deMolina (1997, p. 99):

Por último, para que a Justiça Penal recupere sua face humana, tem que se orientar mais ao homem – mais ao homem que a lei mesma – e resolver efetivamente seus problemas. Tem que ser *resolutiva*. Do ponto de vista da vítima do delito – e da comunidade – isso significa que a reparação do dano produzido pelo fato delitivo se converte em um dos objetivos prioritários. Porque só castigar, em todo caso, não resolve nada, enquanto a reparação do dano é sempre necessária. A pena (de prisão sobretudo) não soluciona os problemas da vítima nem é útil para o delinquente e, ademais, tem um custo social muito elevado. A reparação ao contrário, é da conveniência de todos.

Nos dias atuais, alguns países, como a Alemanha e Portugal, trazem experiências que demonstram a importância da reparação do dano, bem como demonstram a necessidade de se fixar na sentença criminal o *quantum*.

O Brasil, ao tentar copiar essa boa experiência estrangeira, foi tímido, já que o artigo 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, dispõe sobre a fixação apenas de valor mínimo para reparar dos danos causados pela infração. Tal dispositivo, além de não ter dado a devida importância à vítima, que deveria participar pleiteando o *quantum* da reparação, também não é eficaz em reparar a totalidade do dano sofrido, havendo a necessidade de a vítima requerer a complementação da indenização em ação civil *ex delicto*, caso assim entenda necessário.

A respeito da reparação do dano à vítima e a experiência estrangeira, Santana (2010, p. 10) dispõe que:

Na Alemanha, o atendimento a pretensões ressarcitórias tem sido, tradicionalmente, missão de um processo civil de reparação. Tal processo, contudo, tem constituído um caminho longo, penoso e, inclusive, infrutífero, não somente porque a vítima seja constrangida a um processo civil adicional, junto com o processo penal, mas também, porque pode nada receber se o autor do delito carece de meios para tanto, ou se haja se subtraído, por completo de uma execução. (...) o direito alemão tem procurado ajudar a vítima de duas formas: a) possibilidade da vítima ou a seus herdeiros fazer valer sua pretensão ressarcitória contra o autor do delito no próprio processo penal; b) possibilidade da indenização da vítima por meios estatais, aberta com a “Lei sobre Indenização de Delitos Violentos (IVD) (...).

A mesma autora (2010, p. 33) ainda destaca a experiência portuguesa quanto à reparação do dano à vítima de crime:

No que se refere a indenização de perdas e danos emergentes de um crime, até a publicação do Código Penal de 1982, ela constituía um efeito da condenação, e o seu estudo cabia a doutrina das consequências do crime. (...)Hoje, o Código Penal Português estabelece que a indenização por perdas e danos emergentes do crime é regulada pela lei civil (art. 129º). A questão da indenização de perdas e danos emergentes de um crime se situa, hoje, pois, exclusivamente no Direito Civil e no Direito Processual Penal, tendo se tornado estranha à doutrina das reações criminais.

Os exemplos estrangeiros acerca da reparação do dano devem servir de inspiração ao nosso legislador, que aos poucos os Estados começam, mesmo que timidamente, a entender que a reparação do dano à vítima do delito pode contribuir com a pacificação social, uma vez que, além de valorizar a vítima, também acalma a sociedade, que entende a demora do processo penal como forma de impunidade.

2.2 Elementos Diferenciadores entre a Reparação Penal e a Reparação Civil

Tanto a reparação de natureza civil, quanto a reparação de natureza criminal estão fundadas na responsabilidade e possuem como pressuposto um ato ilícito, conforme disarta Tartuce (2011. p. 396) “o ato ilícito é a conduta que fere direitos subjetivos privados, estando em desacordo com a ordem jurídica e causando danos a alguém”.

Dispõe o artigo 186 do Código Civil que: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Ainda sobre o ato ilícito o artigo 187 do Código Civil dispõem que: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa fé ou pelos bons costumes”.

Contudo, os atos ilícitos civis e os ilícitos penais são diferentes, para que ocorra o ilícito penal é necessário carácter interno, que além de típico é necessário que o fato seja ilícito e culpável, por sua vez, a culpabilidade não é necessária na estrutura do ilícito civil, conforme narra artigo 927 do Código Civil

Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente

desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, riscos para os direitos de outrem.

Apesar de o enfoque dado ao presente estudo ser a responsabilidade criminal decorrente do ilícito penal, vale a pena ressaltar que o ato ilícito pode gerar tripla responsabilidade, qual seja a penal, civil e administrativa.

Para ocorrência da Reponsabilidade Penal é indispensável o delito como um todo enquanto para a responsabilização civil o fundamento é a ocorrência de um dano, Amaral (2005, p. 217), distingue ambos da seguinte maneira:

O termo “ofensa” serve tanto para designar um dano efetivo ao bem jurídico como sua colocação em perigo. Logo, nesta última não é preciso que ocorra dano. Diversamente, para que ocorra dano civil, é preciso sempre a depreciação concreta de algum interesse privado ou público. Daí a possibilidade de que haja reparação penal, sem que haja dano efetivo (lesão) ao bem jurídico.

Em segundo lugar, o dano civil afeta o patrimônio econômico ou moral de uma pessoa. Já o dano penal vem determinado pela lesão ou perigo de lesão a um valor social reconhecido e tutelado pelo legislador.

Também se diferenciam a reparação civil e a reparação criminal em virtude do conteúdo, pois a responsabilidade civil é constituída por prestações de caráter patrimonial, com a restituição do objeto e a entrega de quantidade em dinheiro, enquanto a reparação penal pode conter prestações de natureza diversa, incluindo o pedido de desculpas, corroborando Amaral (2005, p. 219):

A reparação penal pode conter prestações de natureza diversa. Claro que em muitos casos a prestação no campo penal pode coincidir exatamente com o conteúdo da reparação civil. Todavia, podem consistir em prestações de cunho reparatório, como uma prestação à vítima de caráter diverso, ou uma prestação de serviços à comunidade. Admite-se, até mesmo, nesse campo, que a prestação penal de caráter reparador assuma a forma de pedidos de desculpas.

Desta forma, é possível concluir que a reparação do dano na esfera cível alcança o necessário para consertar o dano causado aos particulares, e tem como destinatário o sujeito alvo prejudicado, de outra ponta, a reparação do dano no campo do direito penal relaciona-se aos preventivos e tem como destinatários o sujeito alvo prejudicado e também a sociedade.

Para melhor compreensão da finalidade preventiva da reparação penal importante observar as funções atribuídas às penas, no artigo 59 do Código Penal existe a previsão de que as penas devem ser necessárias e suficientes para a reprovação e prevenção do crime.

Conforme a legislação brasileira a pena criminal tem duas funções essenciais, a primeira retribuir o mal produzido pela conduta praticada pelo agente e também prevenir que

futuras infrações sejam praticadas, conforme narra Greco (2011, p. 473) “ As teorias tidas como absolutas advogam a tese da retribuição, sendo que as teorias relativas apregoam a prevenção”

Para as teorias absolutas não se vislumbram finalidades sociais para a pena, mas apenas a retribuição conforme lição de Roxin (1999, p. 81/82)⁷:

a teoria da retribuição não encontra o sentido da pena na perspectiva de algum fim socialmente útil, senão em que mediante a imposição de um mal merecidamente se retribui, equilibra e expia a culpabilidade do autor pelo fato cometido. Se fala aqui de uma teoria “absoluta” porque para ela o fim da pena é independente, “desvinculando” de seu efeito social. A concepção da pena como retribuição compensatória realmente já é conhecida desde a antiguidade e permanece viva na consciência dos profanos com uma certa naturalidade: a pena deve ser justa e isso pressupõe que se corresponda em sua duração e intensidade com a gravidade do delito, que o compense. (tradução nossa)

O fundamento da teoria absoluta se funda no princípio da culpabilidade, já que a retribuição apenas pode ocorrer em razão de um ato culpável do agente, pois aplicar pena sem culpabilidade é arbitrariedade.

As teorias absolutas são muito criticadas pela doutrina, Amaral (2005, p. 177/179), aponta algumas delas, como por exemplo o fato de o Direito Penal não ter condições de castigar todo fato punível, até porque muitas vezes nem tem conhecimento deles; questiona-se o fato da pena poder estabelecer o dano ideal causado ao delito; a teoria que vê na pena uma expiação não alcança o efeito de compensação da culpabilidade; não consideram o princípio da subsidiariedade do direito penal, pois basta a culpabilidade para a aplicação da pena.

Segundo Roxin (1993, p. 19) a pena sem fins qualquer e sem necessidade é vingança:

É claro que tal procedimento corresponde ao arreigado impulso de vingança humana, do qual surgiu historicamente a pena; mas considerar que a assunção da retribuição pelo Estado seja algo qualitativamente distinto da vingança humana, e que a retribuição tome o seu cargo a -culpa de sangue do povo-, expie o delinquente, etc., tudo isto é concebível apenas por um acto de fé que, segundo a nossa Constituição, não pode ser imposto a ninguém, e não é válido para uma fundamentação, vinculante para todos, da pena estatal.

⁷La teoría de la retribución no encuentra el sentido de la pena en la persecución de fin alguno socialmente útil, sino en que mediante la imposición de un mal merecidamente se retribuye, equilibra y expia la culpabilidad del autor por el hecho cometido. Se habla aquí de una teoría “absoluta” porque para ella el fin de la pena es independiente, “desvinculado” de su efecto social. La concepción de la pena como retribución compensatória realmente ya es conocida desde la antigüedad y permanece viva em la consciéncia de los profanos con una cierta naturalidade: la pena debe ser justa y eso presupone que se corresponda en su duración e intensidad con la gravedad del delito, que lo compense.

A pena já passou pela fase da vingança privada, conforme anteriormente mencionado, e pelas teorias absolutas a vingança apenas mudaria de lado, pois deixaria de ser protagonizada pela vítima para ser protagonizada pelo Estado.

De outro lado, as teorias relativas da pena propõem que a sanção penal deve possuir uma finalidade, constituindo um meio de prevenção, buscando desta maneira uma perspectiva mais social e humanitária às penas. A prevenção pode ser bipartida em prevenção geral e prevenção especial.

A prevenção geral é subdividida em prevenção geral negativa e prevenção geral positiva, conforme disserta Greco (2011, p. 473/474), na prevenção geral negativa, também conhecida como prevenção por intimidação, a pena aplicada ao autor da infração penal tende a refletir na sociedade, fazendo com que as demais pessoas reflitam antes de praticar a infração penal, mais uma vez é possível usar Foucault (1999, p. 45) para ilustrar a prevenção pela intimidação:

Um suplício que tivesse sido conhecido, mas cujo desenrolar houvesse sido secreto, não teria sentido. Procurava-se dar o exemplo não só suscitando a consciência de que a menor infração corria sério risco de punição; mas provocando um efeito de terror pelo espetáculo do poder tripudiando sobre o culpado.

De outra ponta, a prevenção geral positiva consiste na maneira que o Estado tem de reforçar a confiança da comunidade na validade e na vigência das normas penais e do ordenamento jurídico penal, segundo Amaral (2005, p. 186): “No aspecto positivo da prevenção geral o objetivo perseguido com a pena é a conservação da confiança na firmeza e no poder de execução do ordenamento jurídico”.

Por sua vez, na prevenção especial, a pena se legitima a evitar novos delitos, atuando sobre aqueles que já praticaram delito, assim o destinatário não é o delinquente em potencial, mas o próprio condenado, também pode ser dividida em prevenção especial negativa e prevenção especial positiva. Greco (2011, p. 474), diferencia as modalidades da seguinte maneira: “Pela prevenção especial negativa, existe uma neutralização daquele que praticou a infração penal, neutralização que ocorre com sua segregação no cárcere. ” Em relação a prevenção especial positiva Greco (2011, p. 474) afirma que “Denota-se, aqui, o caráter ressocializador da pena, fazendo com que o agente medite sobre o crime, sopesando suas consequências, inibindo-o ao cometimento de outros. ”

As teorias relativas também não escapam das críticas por parte da doutrina, primeiro, porque a prevenção pela intimidação fere a próprio dignidade da pessoa humana, isto porque, se utiliza do ser humano como instrumento de intimidação de outros, e a prevenção especial,

que preza pela ressocialização do condenado com sua reinserção em comunidade, não é eficaz, isto porque com o sistema penitenciário falido é dificultosa a reinserção do condenado em sociedade (Greco, 2001, p. 475/476).

Portanto, enquanto nas teorias absolutas defende-se a retribuição, as teorias relativas pregam a prevenção, sendo a prevenção geral voltada para a coletividade e a prevenção especial, para o condenado, visando evitar que este pratique novamente a infração penal.

As teorias relativas as penas não se esgotam com a explanação acima, entretanto, são imprescindíveis para a compreensão e relação da pena criminal e a reparação penal.

2.3 Reflexos penais da reparação do dano

A reparação do dano no decorrer do processo gera uma série de consequências no âmbito penal, muitas vezes evitando a aplicação de pena privativa de liberdade ou, ainda, trazendo outros benefícios ao réu.

O instituto da reparação do dano no presente trabalho tem enfoque processual, visando investigar os meios existentes e procurar melhores caminhos de efetivar referido instituto em futuras reformas. Entretanto, a reparação do dano possui diversos reflexos penais e, em decorrência da influência social, é importante destacar alguns pontos.

Conforme ressalta Amaral (2005, p. 19) “A reparação do dano não pode deixar de ser estudada numa posição de relação fundamental com os fins da pena”.

Existem posicionamentos diferentes a respeito da reparação do dano no direito penal, conforme ressalta Amaral (2015, p. 147/153). Uma destas correntes, capitaneadas por Kurt Seelmann e Dieter Rössner, defende a reparação do dano como finalidade penal autônoma, com o objetivo de atenuar ou superar os concretos efeitos nocivos do delito. Na doutrina alemã existe setor minoritário, defendido por Klaus Sessar, afirmando que a reparação deveria ser uma pena, criticando as posturas abolicionistas radicais e considerando que a reparação não deve ser uma alternativa ao direito penal, mas ser integrada ao mesmo, apoiando-se nos efeitos que a reparação assume perante a vítima e a sociedade. Existe, ainda, uma terceira corrente, representada por Detlev Frehsee e posteriormente acolhida por Roxin e Rössner e Müller-Dietz, sendo esta a mais debatida de todas e que considera a reparação do dano como uma terceira via.

Amaral (2005, p. 154), dissertando a respeito da reparação do dano como terceira via, afirma que existe diferença entre a reparação civil e a reparação enquanto reação penal:

A reparação pode delimitar-se penalmente e operar como sanção autônoma. Isso exige que sejam utilizados os critérios de imputação e mediação penal, os quais não coincidem com os do direito civil. Pela perspectiva civil se busca um ressarcimento completo do dano, enquanto que com a reação penal se cuida de manifestar a desaprovação do comportamento conforme o seu grau de responsabilidade. Se não fosse assim, estariam ultrapassados os limites do direito civil.

Portanto, a reparação do dano como terceira via estaria relacionada com a necessidade de prevenção geral e especial a que se propõe o direito penal. Amaral (2015, 157) ainda afirma que:

A reparação como “terceira via” responde melhor às exigências do mundo pós-moderno. Independentemente das críticas – em muitos casos procedentes – que recaem sobre as ideias do professor de Munique, o momento que o mundo globalizado, conflitante e capitalista atravessa inegavelmente encontra respostas mais harmônicas nas proposições defendidas por Claus Roxin.

Ao refletir a respeito da reparação do dano no direito penal, o que mais importa é possibilitar a conciliação entre vítima e autor da infração, ampliando o grau de satisfação da vítima e da sociedade, e, desta forma, o direito penal estaria solucionando os conflitos sociais por completo.

Historicamente, observa-se que o Código Criminal do Império de 1830 fazia previsão da reparação do dano no capítulo IV, com o título “Da Satisfação”. Em relação à reparação do dano o diploma era moderno, porém tinha pouca aplicação, Amaral (2005, p. 300).

Por sua vez, Código Penal de 1940, após a reforma pela qual passou no ano de 1984, trouxe importantes novidades acerca da reparação do dano. A primeira delas tem previsão no artigo 16 do Código Penal e cuida do instituto do arrependimento posterior, permitindo a redução das penas de um a dois terços caso o agente tenha reparado o dano ou restituída a coisa até o recebimento da denúncia ou queixa, desde que o crime tenha sido cometido sem violência ou grave ameaça a pessoa, Greco (2011, p. 298/299), afirma tratar-se de causa obrigatória de diminuição de pena e elenca alguns requisitos para a concessão do benefício: reparação integral do dano ou restituição da coisa como antes se encontrava; o ato deve ser praticado pelo sujeito ativo da infração; a voluntariedade na ação do sujeito deve ser essencial para a aplicação do redutor de pena; o delito deve ter sido cometido sem violência ou grave ameaça a pessoa; a reparação ou restituição deve ser anterior ao recebimento da denúncia ou queixa.

Outro ponto a ser considerado sobre a reparação do dano no Código Penal é a possibilidade da reparação ser considerada como atenuante genérica. O artigo 65, inciso III, alínea “b”, anuncia que a pena aplicada em decorrência do delito deve ser atenuada quando o agente, arrependido, espontaneamente procurar evitar ou minorar as consequências do crime, ou, antes do julgamento, reparar integralmente o dano. Mirabete (2001, p. 308) disserta acerca do assunto:

São casos de arrependimento ativo do agente que, espontaneamente e com resultados apreciáveis, diminui os efeitos do crime ou repara o dano causado pelo delito. Na primeira hipótese, é necessário que o agente atue logo após o crime, como por exemplo, o autor de lesão corporal que leva a vítima para ser socorrida. Na segunda hipótese, pode o réu reparar o dano até o julgamento. Se a reparação do dano ocorrer antes do recebimento da denúncia ou da queixa e não se tratar de crime cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, o fato constitui causa geral de diminuição de pena.

Apesar de a reparação do dano não estar no rol das circunstâncias judiciais do artigo 59, nada impede que o juiz a considere como reveladora da personalidade do agente ou sob o enfoque das consequências do delito, conforme ressalta Amaral (2005, p. 304).

A reparação do dano interfere também na suspensão condicional da pena, atenuando as condições exigidas no *sursis especial*, conforme dispõe o artigo 78, parágrafo 2º, do Código Penal:

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 frequentar 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

Verifica-se, portanto, que a reparação do dano é condição objetiva para obtenção do *sursis especial*, sendo ela dispensada se o condenado demonstrar que lhe foi impossível fazê-lo. Ressalta-se que a não reparação, sem motivo justificado, é causa obrigatória da revogação do *sursis*, conforme alude o artigo 81, inciso II, do Código Penal.

O livramento condicional tem como requisito a reparação do dano, salvo a efetiva impossibilidade de fazer, conforme exposto no artigo 83, inciso IV do Código Penal. A respeito do livramento condicional, Mirabete (2001, p. 334/334) disserta que:

Considerando-se que um dos fins da sanção penal é a readaptação do criminoso, o sistema ideal deveria fundar-se na imposição de penas

inseminadas, desnecessárias que é a reprimenda quando já se operou a recuperação do sentenciado. Um dos institutos que se orienta para essa indeterminação, por meio da individualização executiva da pena, é o livramento condicional, última etapa do sistema penitenciário progressivo.

Assim, o livramento condicional é a concessão da liberdade antecipada ao condenado, mediante o preenchimento de alguns requisitos, entre eles, a reparação do dano causado pela infração salvo a efetiva impossibilidade de fazê-lo, demonstrando que está apto ao retorno do convívio em sociedade.

A reparação do dano no Direito Penal é um dos requisitos para a reabilitação criminal, conforme artigo 94, inciso III, pois o condenado para conseguir a reabilitação deve reparar o dano ou comprovar a impossibilidade de fazê-lo, ou ainda, exibir documento que comprove a renúncia da vítima, ou, comprovar a novação da dívida, porém este requisito pode ser dispensado, nesse sentido Greco (2011, p. 504) afirma que “O presente requisito mostra-se dispensável, evidentemente, quando o crime não causou prejuízos financeiros, como, por exemplo, nas tentativas de furto simples ou estelionato, nos crimes de perigo etc”.

Também existem situações previstas em legislação extravagante e na parte especial do Código Penal com reflexos na reparação dos danos. A exemplo, o crime de peculato culposo, artigo 312, parágrafos segundo e terceiro do Código Penal, que dispõe que se a reparação do dano ocorrer antes da sentença irrecorrível extingue a punibilidade e, se ocorrer posteriormente, ocorre a redução da pena pela metade. Garcia (1947, p. 398), condensa a reparação do dano no delito de peculato culposo da seguinte forma:

A influência do elemento subjetivo sobre a pena, no peculato culposo, se exerce diferentemente, conforme as circunstâncias. Num caso é total, noutro é parcial. Livra-se totalmente da pena o negligente, se ressarcir o dano antes que sobrevenha sentença condenatória irrecorrível. Portanto, a lei dá muito tempo para reparar o dano. Se a indenização é efetuada pelo funcionário quando já está definitivamente condenado, a pena se reduz à metade.

As situações acima expostas não são as únicas a tratarem da reparação do dano e seus reflexos no Direito Penal, existem outras, tanto na parte geral, especial e legislação extravagante. Assim, as situações relatadas cumprem o papel apenas de demonstrar a importância do instituto na punição.

O instituto da reparação do dano tem relevância em todo o direito penal, sendo sua importância percebida tanto em relação ao infrator, que pode demonstrar seu arrependimento pelo delito praticado, quanto em relação da vítima, que possui seu sofrimento amenizado, e, também, pela sociedade, que se pacifica considerando o arrependimento do infrator e a amenização do sofrimento da vítima.

É possível, ainda, a despenalização pela reparação do dano, devendo ser lembrado que o sistema de responsabilidade penal é sempre pessoal, enquanto a responsabilização civil, embora seja em regra de quem praticou o ato lesivo, pode ser atribuída ao representante legal do autor do fato, podendo ser proposta aos herdeiros e responsáveis.

Há situações em que o agente pode ser absolvido na esfera penal e, ainda assim, responder civilmente pelo dano. É possível verificar que o sistema processual visa preservar o interesse da vítima, entretanto ainda é pouco efetivo. Melhor seria possibilitar a composição entre as partes ou que a vítima pleiteasse no processo penal o *quantum* sofrido pelo dano moral e material.

A discussão sobre a substituição, completa ou parcial, da pena pela reparação do dano ocorre também internacionalmente. Segundo narra Schünemann (2015, p. 32), na Alemanha o assunto tem dominado os debates, pois enquanto os pesquisadores têm desenvolvido modelos de largo alcance para uma mediação entre vítima e ofensor, devendo substituir o julgamento criminal tradicional, o legislador Alemão tem criado previsão de alteração do Código Penal Alemão unicamente como meio de mitigar a condenação, quando o ofensor realizar a restituição total ou parcial para a vítima ou quando pagou uma compensação econômica, podendo esta reparação compensar toda a pena imposta se a condenação for inferior a um ano.

Despenalizar pela reparação do dano é algo temeroso, considerando que nem todos os infratores possuem meios para tal. Entretanto, vale lembrar que a reparação do dano não necessariamente é financeira, por esta razão, em delitos de menor gravidade, a reparação do dano poderia ser suficiente para restabelecer e garantir a paz social.

Mesma diante da controvérsia, há na doutrina quem defenda a possibilidade da substituição da pena privativa de liberdade pela reparação do dano. Amaral (2005, p. 171) ressalta que:

Para os delitos de menor gravidade, a substituição, desde que bastante para aquele fim de restabelecer a paz jurídica, deve operar-se.
Pode-se indagar, agora: porque tais consequências harmonizam-se com a realidade de hoje? Resposta: Elas representam uma visão mais ampla do princípio da subsidiariedade, que é capaz de otimizar a intervenção do Estado na regulação de conflitos sociais, tornando-a relativamente mais rápida ao dar solução e efetivamente mais econômica, contribuindo para enxugar o já comprimido sistema penal.

A possibilidade de mediação entre ofensor e vítima, com a possibilidade de evitar a ação penal, é criticada por parte da doutrina, conforme será abordado no Capítulo Terceiro. Entretanto, privar a vítima de integrar-se ao sistema penal não traz benefícios nem ao processo

e nem à sociedade. Segundo ressalta Amaral (2005, p. 172), nem todas as consequências do delito são de natureza penal, mas apenas aquelas que possam concretamente tangenciar os fins da pena e que são reconhecidas pelo legislador como resposta sancionatória.

2.4 Reparação do dano na legislação especial

Em busca de soluções que possam ampliar a participação das vítimas, um novo modelo de Justiça Criminal foi inserido e vem se desenvolvendo em nossa legislação: a Justiça Consensual.

Este modelo de justiça consensuada foi adotado no Brasil com a instituição dos Juizados Especiais Criminal, regulamentado pela Lei 9099/95.

Conforme dispõe o artigo 62 do referido diploma, o Juizado Especial será orientado pelos seguintes critérios: oralidade, informalidade, economia processual e celeridade. Possui, ainda, como objetivo, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação da pena não privativa de liberdade, sempre que possível.

A Lei 9099/1995 trouxe, ainda, outros dois institutos que valorizam a vítima: a composição civil e a ampliação do rol dos delitos que dependem de representação.

A composição civil dos danos tem previsão nos artigos 71 a 74 da Lei 9099/95, e pode ocorrer durante a audiência preliminar que antecede a acusação, devendo estar presente o autor do fato, a vítima, e, havendo viabilidade, o responsável civil. A conciliação acontecerá nos crimes de ação penal privada ou nos de ação penal pública condicionada a representação, podendo ser conduzida por conciliador, recrutado preferencialmente entre bacharéis em Direito, sob orientação do juiz, conforme previsão do artigo 73, parágrafo único, da Lei 9099/95. Ocorrendo a composição civil, esta será reduzida a escrito e homologada pelo juiz em sentença irrecorrível, tendo eficácia de título a ser executado no juízo cível competente, de acordo com o artigo 74 da Lei 9099/1995.

A possibilidade de conciliação foi uma inovação, ao permitir que a vítima pudesse participar ativamente na solução da questão cível decorrente do delito. Fernandes (2010, p. 205) discorre que: “em virtude da possibilidade de conciliação, rompeu-se com a tradicional

orientação legislativa de impedir que, no processo criminal, pudesse ser solucionada a questão civil atinente à reparação do dano. ”

Em suma, verifica-se que a composição civil consiste no acordo realizado entre o autor do fato e a vítima, dispensando a propositura de ação específica e possibilitando que a vítima tenha seus danos imediatamente reparados, com uma indenização já acordada. Referida medida é um estímulo ao autor do fato em reparar o dano já que, homologada a conciliação civil pelo juiz, ocorre a renúncia da vítima à representação.

A composição civil entre as partes, com a reparação do dano, possui caráter híbrido, civil e penal, uma vez que ao mesmo tempo em que possibilita a vítima ter restituído o prejuízo sofrido, dispensando-se a ação civil, ela penaliza o autor do fato, mas o fazendo de modo mais eficiente.

A outra novidade trazida pela Lei 9099/1995, já citada, foi a ampliação dos crimes dependentes de representação, o que acaba por deixar o Estado em segundo plano em relação à vítima, pois ele só poderá agir após a manifestação desta, que verificará a oportunidade e conveniência de requerer a persecução penal.

Além dos institutos acima explanados, a referida lei também tratou do instituto da suspensão condicional do processo, previsão de seu artigo 89, § 1º, inciso I, e que condicionou à declaração da extinção da punibilidade após o período probatório, com a prova de que o acusado reparou o dano.

As vantagens trazidas por estes institutos são inegáveis. Segundo Calhau (2002, p. 71): “O modelo de consenso apresenta enormes vantagens para a vítima criminal. A possibilidade de obtenção da pacificação social para a vítima é sem precedentes se formos compará-la com a Justiça Comum. Lá, ela simplesmente não existe, pois a vítima tem um papel secundário no modelo clássico.”

A Lei 9099/1995 tem como uma de suas finalidades promover, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima, resgatando sua real importância na resolução dos conflitos.

Outra lei que trouxe benefícios às vítimas foi o Código de Trânsito Brasileiro, Lei 9503/1997, que em artigo 297 prevê a multa reparatória no contexto das infrações cometidas na condução de veículo automotor. Trouxe, assim, a possibilidade de impor multa objetivando reparar o dano causado às vítimas, sempre que houver prejuízo material. Segundo Fernandes (2010, p. 218), foi mais uma tentativa do legislador em valorizar a vítima dentro do sistema processual penal.

O valor da multa reparatória não pode ser superior ao prejuízo demonstrado no processo, sendo revertido à vítima como uma forma de dignificá-la. Calhau (2002, p. 78) ressalta que:

A multa reparatória, paga diretamente à vítima, e não recolhida aos cofres públicos, traz em seu espírito uma conquista singular para as vítimas, já que as mesmas poderão, muitas vezes, serem ressarcidas de seus danos sem terem de recorrer posteriormente ao juiz cível em busca da reparação do prejuízo acarretado pelo crime de trânsito.

Assim, pode ser verificado que paulatinamente nossa legislação vem procurando meios de valorizar a vítima na sistemática processual penal, ampliando as maneiras de sua participação e facilitando a busca pela reparação do dano. Entretanto, ainda falta muito para que a dignidade da vítima seja respeitada e o sofrimento decorrente do delito amenizado.

2.5 Ação civil *ex delicto*

A ação civil *ex delicto* consiste em ação de reparação de danos morais e materiais, decorrente de um ilícito penal, utilizando-se da sentença penal condenatória transitada em julgado como título executivo judicial, cuja finalidade é buscar indenização do agente causador do dano ou daquele apontado como responsável pelo delito.

Inicialmente, convém destacar que a legislação brasileira adota o sistema da separação ou independência da matéria civil e penal, uma vez que a ação civil objetiva a reparação do dano enquanto que a penal visa a imposição de pena pelo Judiciário. Essa separação é detalhada por Brasileiro (2013, p. 276):

Por conta de uma mesma infração penal, cuja prática é atribuída a determinada pessoa, podem ser exercidas duas pretensões distintas: de um lado, a chamada pretensão punitiva, isto é, a pretensão do Estado em impor a pena cominada em lei; do outro lado, a pretensão à reparação do dano que a suposta infração penal pode ter causado à determinada pessoa.

Esse sistema da independência ou separação da jurisdição civil e penal adotado pela legislação brasileira encontra, porém, certo grau de mitigação. Para melhor compreensão, vale lembrar dos sistemas que dispõem da relação entre a ação civil para reparação do dano e a ação penal para a punição do autor da infração.

Segundo Brasileiro (2013, p. 277) os sistemas atinentes à relação entre a ação civil *ex delicto* e o processo penal são divididos em quatro: a) sistema da confusão: nesse sistema cabe ao ofendido buscar na mesma ação tanto a reparação do dano quanto a punição do autor do delito; b) sistema da solidariedade: cumulação obrigatória no juízo penal de ações distintas,

penal e cível, que serão obrigatoriamente resolvidas no mesmo processo; c) sistema da livre escolha: nesse o interessado pode promover a ação no juízo cível ou cumular as duas pretensões no processo criminal, sendo a cumulação facultativa; d) sistema da independência: as ações podem ser propostas de forma independente, juízo cível e penal, em razão da diferença entre o interesse privado da reparação e público da aplicação da pena.

O Código de Processo Penal brasileiro adota o sistema da independência das instâncias, porém o faz de forma mitigada, já que, enquanto o artigo 63 dispõe: “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” o artigo 64 traz que: “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 o caso, contra o responsável civil”.

Ou seja, a vítima do delito pode tanto aguardar o trânsito em julgado da sentença condenatória e posteriormente promover sua execução no juízo cível, como também pode propor ação civil com a finalidade da reparação do dano independentemente da ação criminal. Por essa razão, a doutrina trata nosso sistema como independência das instâncias mitigada.

A respeito do sistema brasileiro da independência de instâncias e da maneira como ela preserva o interesse da vítima, Fernandes (1995, p. 174) ressalta que:

O sistema brasileiro serve, em linhas gerais, para preservar o interesse da vítima na reparação do dano por dois motivos principais: 1) pode ela figurar como assistente, com razoáveis poderes no processo, tendo, assim, condições de influir no resultado da causa; 2) a sentença condenatória constitui título executivo cível.

Em 2008 o Código de Processo Penal passou por reformas pontuais, trazendo inovações que muito se preocupou com a vítima. Como exemplo, temos as novidades trazidas pelas leis 11690 e 11719, que serão abordadas a seguir.

Em linhas gerais, a Lei 11719/2008 inseriu no artigo 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, o dever do juiz, na sentença condenatória, fixar o valor mínimo para a reparação dos danos causados pela infração à vítima, considerando os prejuízos sofridos por ela.

Vale destacar, ainda, o acréscimo do parágrafo único ao artigo 63 do Código de Processo Penal, que possibilitou à vítima, desde o trânsito em julgado da sentença condenatória, promover a execução no juízo cível da parcela mínima reparatória fixada conforme o artigo 387, inciso IV, sem prejuízo de se prosseguir na apuração do montante efetivamente devido.

A respeito da execução no juízo cível do montante fixado em sentença condenatória, bem como da possibilidade da ação civil *ex delicto*, Oliveira (2011, p. 186) disserta que:

Observa-se, então, que a via judicial escolhida poderá ser a executória, caso da execução da sentença penal condenatória, consoante o disposto no art. 475-N, II, do CPC (título executivo judicial, cuja certeza deriva do disposto no art. 91, I, CP), e, agora, no parágrafo único do art. 63, CPP, relativamente à parcela mínima para reparação dos danos sofridos pela vítima, ou por meio de processo de conhecimento, devendo ser encaminhadas ambos os pedidos (de execução ou de condenação civil) ao juízo cível, conforme previsto no art. 63 do CPP.

Em ambas as situações estaremos diante da ação civil *ex delicto*. Portanto, as inovações legislativas de 2008 não modificaram a necessidade da ação civil para aqueles que buscaram ter seus danos reparados, mas trouxe uma série de garantias e direitos para as vítimas. Segundo Fernandes (2010, p. 206):

(...) Antes, a única forma permitida de satisfação do dano em processo criminal era a restituição à vítima da coisa que lhe fora retirada pelo autor do crime e depois veio a ser apreendida. Preferira o legislador, em vez de proporcionar à vítima a discussão da questão civil no processo criminal, outorgar-lhe pela sentença condenatória um título executivo civil. Somente podia o ofendido habilitar-se como assistente do Ministério Público e, ao auxiliar o promotor, influir no julgamento da causa, obtendo, com a condenação, título para a execução civil.

Outro ponto importante a se destacar é a de que, em que pese a separação entre as questões civis e penais, as questões que forem decididas no juízo criminal a respeito da existência do fato e de sua autoria não poderão ser objeto de questionamento no âmbito cível, conforme dispõe o artigo 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 essas questões se acharem decididas no juízo criminal.”

Assim, via de regra, a sentença penal absolutória não exerce influência no processo cível, salvo se o fundamento da absolvição se fundar na inexistência material do fato ou na exclusão da autoria ou participação. Nesse sentido é o artigo 66 do Código de Processo Penal: “Não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato”.

Assim, dependendo do fundamento da absolvição na esfera criminal, é possível que na esfera cível ele seja condenado a indenizar a vítima. Para verificar em quais situações existe esta possibilidade se faz necessário analisar conjuntamente o artigo 66 e o artigo 386 ambos do Código de Processo Penal. O artigo 386, dispõe as causas em que o juiz na sentença, absolverá o réu:

Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando na parte dispositiva, desde que reconheça:

- I- Estar provada a inexistência do fato;
- II- Não haver prova da existência do fato;
- III- Não constituir o fato infração penal;
- IV- Estar provado o fato de que o réu não concorreu a infração penal;
- V- Não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal;
- VI- Existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e §1º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência;
- VII- Não existir prova suficiente para a condenação.

Se o réu for absolvido com fulcro no inciso I do artigo 386, do Código de Processo Penal, não será possível a demanda cível, por exclusão do artigo 66 do Código de Processo Penal. Situação semelhante ocorre no inciso IV, pois existe prova categórica de que o réu não concorreu para a infração penal.

Situação diversa ocorre nos incisos II, III, V e VII do artigo 386 do Código de Processo Penal, no primeiro caso, a insuficiência de provas para sentença condenatória penal não é suficiente para impedir a ação indenizatória cível, na segunda situação, caso o fato seja atípico, ou seja, não é considerado infração penal, é possível a ação civil, a terceira situação dispõe que a fragilidade de provas no processo penal não impede a indenização civil, e por fim, a inexistência de prova para a condenação penal também não impede a ação civil, estas duas últimas situações são justificadas por Lopes Junior (2014, p.306) da seguinte maneira: “ Isso porque, novamente, a questão se situa no maior nível de exigência probatória no processo penal, de modo que a mesma prova reputada insuficiente para a condenação criminal pode ser mais do que suficiente para a condenação cível”.

Como regra geral, a absolvição pelo inciso VI, baseada em circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena, ou fundada dúvida sobre sua existência, impedem a pretensão indenizatória cível, neste inciso há duas exceções, conforme narra Lopes Junior (2014, p. 305), estado de necessidade agressivo, artigos 929 e 930 do Código Civil, “Como exemplo de estado de necessidade agressivo, podemos pensar numa situação em que “A”, para defender-se de uma situação de perigo causada por “B”, acaba sacrificando um bem de “C”. Logo, poderá ser absolvido no processo penal e condenado na esfera cível (ação de indenização), tendo, porém, direito regressivo contra B”, outra exceção é a legítima defesa real, artigo 73 do Código Penal “É o caso em que “A” agride injustamente “B”, que para se defender atira e vem a ferir “C”. Nesse caso “B” poderá ser absolvido na esfera penal, mas isso não impede

a ação indenizatória a ser ajuizada por “C”, cabendo, em caso de condenação, direito de regresso contra “A”.

Outro ponto que merece destaque é o que dispõe o artigo 91, inciso I, do Código Penal, que traz que um dos efeitos genéricos da condenação criminal é tornar certa a obrigação de indenizar: “São efeitos da condenação: I – tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime”.

A respeito da relação existente entre as ações civis e penal quanto a restituição patrimonial do ofendido, Brasileiro (2013, p. 277) ressalta que:

Como se percebe, há uma relação natural e evidente entre a prática de uma infração penal e o possível prejuízo patrimonial que dela pode resultar ao ofendido, facultando-lhe o direito à reparação. Não por outro motivo, ao tratar dos efeitos automáticos da condenação, o próprio Código Penal estabelece que um deles é o de tornar a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime (art. 91, I).

Assim, os dispositivos descritos servem para confirmar o sistema da independência de instâncias mitigada, valendo ressaltar que a sentença penal condenatória já confere à vítima um título executivo judicial.

Observando os anseios sociais, principalmente daqueles que buscam a reparação do dano decorrente da prática da infração penal, o momento é de rever esse sistema de independência das instâncias penal e civil, nesse sentido Nucci (2014, p. 173):

Apesar da consagração da separação, prevalece a justiça penal sobre a civil, quando se tratar da indenização de crime e aquela julgar que inexistiu o fato ou tiver afastado a autoria. É tempo, no entanto, de repensar esse sistema, permitindo-se que o juiz, na esfera penal, possa estabelecer, no mesmo processo onde há a condenação, a indenização civil completa e necessária à vítima. Privilegiar-se-ia a economia processual, protegendo-se com maior eficácia o ofendido e evitando-se que este, cético com alentidão e o alto custo da Justiça brasileira, prefira o prejuízo à ação civil *ex delicto*.

A ação civil *ex delicto* tem sua importância, entretanto, em observância ao princípio da dignidade da pessoa humana e ao Estado Democrático de Direito, é conveniente que nossa legislação preveja outras possibilidades para que a vítima possa ter seu dano reparado, hoje é possível viabilizar o consenso em uma gama maior de delitos, que não apenas os abrangidos pela Lei 9099.

Além da viabilização consensual em outros delitos, se o sistema da independência das instâncias fosse revisto, conforme narrado acima, seria viável possibilitar que a vítima, em âmbito criminal, pleiteasse a reparação do dano moral e material referentes ao delito, utilizando as provas produzidas no processo penal para fins ressarcitórios. Desta forma, o juiz poderia fixar valor total pela reparação do dano na sentença condenatória e não apenas um

valor mínimo conforme foi previsto na tímida reforma de 2008, que alterou o artigo 387, inciso IV do Código de Processo Penal. Vale ressaltar que esta última possibilidade, em hipótese alguma poderia prejudicar o processo penal, e se assim perceber o juiz penal deveria remeter cópias para que a questão ressarcitória continuasse a ser discutida em âmbito civil.

A reforma de 2008, que será melhor detalhada mais a frente, de cumulação de pretensões ficou aquém do desejado, pois além de não estabelecer um procedimento adequado, esclarecendo se é ou não necessário que a vítima realize o pedido da indenização, bem como se é ou não obrigação do juiz estabelecer o valor mínimo reparatório, também não possibilitou que a vítima pleiteasse o valor integral do dano sofrido. Dessa maneira, fixar apenas o valor mínimo reparatório não satisfaz a vítima por completo, nem mesmo diminui a demanda no juízo cível. Portanto, na prática é ineficaz, corroborando Nucci (2014, p. 174):

Ademais, se o ofendido conseguir um valor mínimo qualquer, sem atingir o efetivamente devido, poderá sentir-se duplamente enganado. O Judiciário fixa-lhe um valor pífio, que não o deixa satisfeito, embora se sinta desmotivado para, novamente, demandar no cível outros valores.

Os argumentos que contrariam referida cumulação são bem estruturados e fundamentados, entretanto, não visualizam os benefícios trazidos pela possibilidade de cumulação indenizatória em âmbito criminal, com a satisfação da vítima frente a execução do montante fixado na indenização, ocorrendo a desnecessidade de ingressar no juízo cível para complementar a indenização.

A ação civil *ex delicto*, mesmo com a possibilidade de cumulação da ação de responsabilidade cível com a criminal, continuaria a existir, já que casos complexos, onde a dilação probatória necessita ocorrer de forma pormenorizada, é, e continuará sendo o meio mais adequado de pleitear a reparação do dano.

À vista do que foi exposto, acredita-se que nos casos mais simples e diretos, o valor da indenização, seja pelo dano moral ou pelo dano material, deveria ocorrer na sentença criminal, agilizando a reparação, com a consequente satisfação dos ofendidos, nesta situação, deveria ser vedado o acesso ao âmbito civil, formando-se coisa julgada material, corroborando Nucci (2014, p.174):

Pensamos deverem os juízes criminais, se instados pela vítima a promover a discussão da indenização civil, buscar atingir o valor real – e não somente o mínimo – deixando consignado, em suas sentenças, tal situação. Com isto, pode-se argumentar ter-se formado coisa julgada material, vedando-se o acesso à órbita civil, evitando-se a sobrecarga inútil de serviço.

A possibilidade de fixar indenização para a reparação dos danos em âmbito criminal, não é uma utopia, tanto que no ano de 2008, uma das alterações legislativas inseriu justamente

a possibilidade do juiz criminal fixar indenização mínima para a reparação dos danos na sentença condenatória, assunto que será melhor detalhado a seguir.

2.6 Reflexos da Lei 11690/2008 e Lei 11719/2008 no Código de Processo Penal com a valorização da vítima e a reparação do dano

Dentre as inovações promovidas pelas Leis 11690/2008 e 11719/2008 no Código de Processo Penal, as que mais importam no presente estudo são aquelas que valorizam o ofendido, buscando adequar as normas processuais a um processo penal democrático, em conformidade com o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos humanos, seguindo a tendência do direito internacional.

Os direitos e garantias das vítimas foram ampliados pelas leis em comento, possibilitando à vítima, por exemplo, que uma indenização mínima para a reparação dos danos seja fixada na sentença penal condenatória, sem prejuízo da liquidação do dano sofrido, conforme artigo 387, inciso IV e artigo 63, parágrafo único, do Código de Processo Penal. Também trouxeram a possibilidade do ofendido ser comunicado dos atos processuais relativos ao ingresso e saída do acusado da prisão, bem como a respeito de sentença e acórdão publicados.

A Lei 11.690/2008 modificou diversos dispositivos do Código de Processo Penal, preocupando-se com a vítima na sistemática processual. O capítulo V, do título VII, do Código de Processo Penal, que antes era denominado “Das Perguntas ao ofendido”, foi alterado para “Do Ofendido”, tendo introduzido algumas modificações concernentes ao tratamento da vítima. Comparando as alterações, é possível verificar que foram acrescentados cinco parágrafos ao artigo 201 Código de Processo Penal, cuja redação passou a ser o seguinte:

Art. 201. Sempre que possível, o ofendido será qualificado e perguntado sobre as circunstâncias da infração, quem seja ou presuma ser o seu autor, as provas que possa indicar, tomando-se por termo as suas declarações.

§ 1º Se, intimado para esse fim, deixar de comparecer sem motivo justo, o ofendido poderá ser conduzido à presença da autoridade.

§ 2º O ofendido será comunicado dos atos processuais relativos ao ingresso e à saída do acusado da prisão, à designação de data para audiência e à sentença e respectivos acórdãos que a mantenham ou modifiquem.

§ 3º As comunicações ao ofendido deverão ser feitas no endereço por ele indicado, admitindo-se, por opção do ofendido, o uso de meio eletrônico.

§ 4º Antes do início da audiência e durante a sua realização, será reservado espaço separado para o ofendido.

§ 5º Se o juiz entender necessário, poderá encaminhar o ofendido para atendimento multidisciplinar, especialmente nas áreas psicossocial, de assistência jurídica e de saúde, a expensas do ofensor ou do Estado.

§ 6º O juiz tomará as providências necessárias à preservação da intimidade, vida privada, honra e imagem do ofendido, podendo, inclusive, determinar o segredo de justiça em relação aos dados, depoimentos e outras informações constantes dos autos a seu respeito para evitar sua exposição aos meios de comunicação.

A lei 11690/2008 conservou a redação do *caput* do artigo 201 do Código de Processo Penal, mantendo a obrigação do ofendido auxiliar na persecução penal, devendo, sempre que possível, ser qualificado e inquirido sobre as circunstâncias da infração penal, quem seja ou presuma ser o seu autor, indicando provas.

O parágrafo primeiro do referido artigo foi renumerado, pois já constava no parágrafo único do artigo em comento, e, em que pese institutos inovadores que valorizam a vítima, manteve-se a previsão de condução coercitiva do ofendido à presença da autoridade, no caso deste ter sido intimado para esta finalidade e deixar de comparecer sem justificativa. A possibilidade de condução coercitiva seria uma maneira de vitimizar o ofendido pela sistemática processual, Mayr, *apud* Fernandes (1995, p. 217) afirma que: “Entre o interesse social na apuração de um ilícito, e o interesse da vítima deste mesmo ilícito na defesa da sua vida privada e familiar, haveria que prevalecer o desta, ainda mais em face da forma esdrúxula de colheita de provas até agora vigente”

É questionável, considerando o quadro atual de proteção constitucional aos direitos individuais, a possibilidade de constranger a vítima a comparecer ao processo para prestar depoimento, pois outros meios de prova existem para comprovar o delito.

O *caput* e o parágrafo primeiro do artigo 201 não ofertaram inovações, as novidades ficaram a cargo dos parágrafos segundo a sexto do artigo 201 do Código de Processo Penal, que trouxeram previsões valorizando o ofendido, como como exemplo a necessidade de comunicação dos atos processuais, da reserva de espaço separado na audiência, da possibilidade de seu encaminhamento para atendimento multidisciplinar e de providências à preservação de sua intimidade, vida privada, honra e imagem.

O parágrafo segundo do artigo 201 estabelece que o ofendido será comunicado dos atos processuais relativos à prisão ou liberdade do acusado, bem como da data para audiência, da sentença e eventuais acórdãos que a mantenham ou modifiquem. Esse parágrafo retrata a necessidade do Judiciário manter o ofendido informado a respeito do andamento processual.

Até a Lei 11690/2008 não existia a necessidade de manter o ofendido informado, sendo que, quando este quisesse ter informações a respeito dos atos processuais, deveria

habilitar-se como assistente de acusação. A doutrina em geral vê com bons olhos essa inserção legislativa, mas preocupa-se com a possibilidade de incentivar a vingança. Corroborando a respeito do assunto, Lopes Junior (2014, p. 472) discorre:

O maior inconveniente é que esse tipo de comunicação servirá para aguçar eventuais atos de vingança. Por outro lado, a comunicação da sentença é importante, principalmente para permitir o recurso do assistente da acusação não habilitado cujo o prazo para a interposição é de 15 dias (art. 598, parágrafo único, do CPP).

O parágrafo terceiro do artigo em comento regulamenta a maneira como será realizada a comunicação dos atos processuais ao ofendido, que ocorrerá no endereço indicado pelo ofendido, admitindo-se, desde que por opção do ofendido, o uso do meio eletrônico.

Já redação dada ao parágrafo quarto traz que, antes do início e durante a audiência de instrução, deverá ser reservado espaço em separado para o ofendido, tendo em vista a possível pressão intimidatória causada pela presença do réu.

Ainda em relação à oitiva do ofendido, o artigo 217 do Código de Processo Penal estabelece que este pode ser ouvido pelo sistema de videoconferência, caso o juiz verifique que a presença do réu poderá causar humilhação, temor ou sério constrangimento, de modo que prejudique a verdade do depoimento. Tal dispositivo ressalta que nas referidas situações e no caso da impossibilidade da realização da videoconferência, o réu será retirado, permanecendo seu defensor, e a inquirição do ofendido será realizada sem a presença deste.

A lei 11690/2008 não se limitou apenas a estabelecer formas de participação da vítima na persecução criminal. Ele inseriu, também, o parágrafo quinto ao artigo 201 do Código de Processo Penal, que prevê a possibilidade do juiz, se entender necessário, encaminhar o ofendido para atendimento multidisciplinar, especialmente nas áreas psicossocial, de assistência jurídica e de saúde, às expensas do ofensor ou do Estado.

A respeito das inovações trazidas pelos citados parágrafos quarto e quinto, existe na doutrina quem argumente a dificuldade de aplicação prática de suas disposições. Oliveira (2011, p. 437/438) disserta que:

Duas últimas novidades, de remotíssima aplicabilidade prática: a) será reservado espaço separado para o ofendido nas audiências (art. 201, §4º, CPP); b) o ofendido poderá ser encaminhado à assistência psicossocial, jurídica e de saúde, às expensas do Estado. Propósitos nobilíssimos...

Ainda a respeito do artigo 201, do Código de Processo Penal, o parágrafo sexto apresenta outra inovação digna de nota. Estabelece que o juiz deverá tomar providências necessárias à preservação da intimidade, vida privada, honra e imagem do ofendido, podendo, inclusive, determinar o segredo de justiça, evitando assim, a exposição aos meios de

comunicação. Referido parágrafo está em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana no processo penal. O sigilo estabelecido neste parágrafo não se estende as partes, que possuem amplo acesso aos autos, para que assim possam observar o devido processo legal, entretanto, visa proteger o ofendido da exposição midiática, nessesentido Lopes Junior (2014, p. 472): “Mas, é importante frisar, tal sigilo é para evitar sua exposição aos meios de comunicação. Logo, não existe qualquer tipo de segredo para as partes no processo, seja acusador ou defesa”.

A primeira reforma ocorrida em 2008 evidentemente pensou em seguir os movimentos globais para valorizar as vítimas de delitos, buscando meios de evitar a sobrevitimização, mas nada acrescentou acerca da reparação dos danos.

Visando dirimir tal inconveniente, a Lei 11719/2008 trouxe alterações legislativas que visaram agilizar a reparação do dano. Acrescentou o inciso IV ao artigo 387 do Código de Processo Penal, estipulando que o juiz, ao proferir sentença penal condenatória, fixe, desde logo, valor mínimo para a reparação dos danos provocados pela infração penal, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido.

Portanto, com as alterações trazidas pela Lei n. 11719/2008, deverá o juiz criminal, na sentença condenatória, fixar um valor mínimo a título de indenização para a vítima. Tal previsão, contudo, não impede que a vítima postule a complementação de indenização no juízo cível. Corroborando Lopes Junior (2014, p. 560/561) afirma que:

Não se pode esquecer que o art. 387, IV, determina que o juiz penal fixe o valor “mínimo”, não impedindo que a vítima postule, no juízo cível, um valor maior, sem que se discuta mais a causa de pedir, mas apenas quanto deverá ser o complemento.

Além da complementação da indenização no juízo cível, é possível ainda no processo penal, que o assistente da acusação, recorra do valor mínimo fixado na sentença condenatória sendo viabilizado ao assistente que, antes mesmo de obter o título executivo, busque a indisponibilidade patrimonial do réu dentro do processo penal, por meio das medidas assecuratórias previstas no artigo 125 e seguintes do Código de Processo Penal.

Em que pese a boa intenção do legislador a respeito da possibilidade de cumulação de pretensão indenizatória no âmbito criminal, mesmo que timidamente inserido pela Lei 11719/2008, ainda existe na doutrina muitas críticas, a exemplo Lopes Junior (2014, p. 302):

Essa cumulação é uma deformação do processo penal, que passa a ser também 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.

Enquanto Lopes Junior critica a Lei 11729 pela cumulação de interesses, Nucci (2014, p. 173/174) faz crítica em sentido oposto, afirmando que a Lei não foi eficaz ao regulamentar a matéria, pois não estabeleceu procedimento para a apuração dos danos, nem delimitou seu âmbito de abrangência, se dano moral e/ou material, também não estabeleceu de quem seria a legitimidade para requerer a reparação dos danos, se somente da vítima, ou também do Ministério Público, para o autor estas questões deveriam ter sido esclarecidas para maior eficácia e melhor abrangência do instituto.

Para Lopes Junior (2014, p. 302/303), a reforma trazida pela Lei 11719 além de infeliz ao misturar interesses, foi infeliz também ao determinar que a indenização mínima seja fixada sem pedido exposto nesse sentido, para ele o caso é de nulidade da sentença por incongruência, além disso, o autor disserta que a questão da reparação do dano deve ser submetida ao contraditório.

Mais uma vez, contrariando Lopes Junior, Nucci (2014, p. 174) critica a reforma por falta de ousadia: “Não se deve implementar uma modificação *pela metade*. O ideal é que a reparação civil possa ser apurada no processo criminal de maneira ampla, sem abertura para, depois, renovar-se o debate no cível. Por isso, pode envolver o dano moral, eventualmente, advindo pela prática do delito”

Entretanto, vale ressaltar que existem opiniões favoráveis na doutrina referente às inovações trazidas pela Lei 11719/2008. Mendonça (2008, p. 240/242) entende que a fixação do *quantum* pelo magistrado independe de pedido exposto por parte do ofendido, uma vez que a obrigação de indenizar o dano causado trata-se de efeito automático da sentença penal condenatória transitada em julgado, o mesmo raciocínio se aplicando ao valor da indenização, sendo desnecessário pedido exposto.

Segundo o referido autor, o artigo 387, inciso IV, traz comando ao magistrado para fixar montante mínimo e, caso o juiz não tenha possibilidade para tanto, deverá mencionar tal impossibilidade, expondo os motivos pelos quais assim decide, sendo que, em caso de omissão, caberia inclusive embargos de declaração. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, quando do julgamento da Apelação 70028215945⁸ seguiu referida orientação.

⁸A fundamentação limita-se ao Parecer do Procurador de Justiça: “[...] Quanto à indenização concedida na sentença, andou bem o insigne Promotor de Justiça Dr. Roberto Bayard Fernandes Figueiró,

Vale ressaltar que os Ministros do Supremo Tribunal Federal decidiram não fixar valor mínimo para a reparação dos danos causados pelas infrações cometidas pelos réus da Ação Penal 470, conhecida como Mensalão. O Ministro Joaquim Barbosa, lembrou que não houve pedido formal nesse sentido, tanto por parte das pessoas que sofreram o prejuízo quanto por parte do Ministério Público, que só o fez em alegações finais. Ao manifestar-se sobre o assunto, tanto o presidente do STF quanto o relator afirmaram que o caso da Ação Penal 470 tem algumas singularidades. “A extrema complexidade dos fatos e a intensa imbricação dos crimes tornam inviável a fixação de forma segura de um valor, ainda que mínimo, para a reparação dos danos causados pelos delitos praticados por cada um dos réus” (...) “Isso só seria possível por meio de uma ação civil, com dilação probatória específica para esclarecimento deste ponto”.

Embora favorável ao entendimento de que a aplicação do artigo 387, inciso IV, do Código de Processo Penal não dependa de a denúncia trazer pedido expresso nesse sentido, o Ministro concluiu que, neste caso, não haveria elementos seguros para tal, Moreira⁹.

Independente da discussão a respeito da necessidade ou não de pedido expresso à fixação da indenização mínima pelo juízo criminal, a aplicabilidade do artigo 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, apenas ocorrerá nos casos em que a complexidade do caso assim permita, pois, caso contrário, o juízo cível é o mais adequado para a discussão de valores.

O Legislador precisa ser muito cauteloso quando faz alterações pontuais em nossa legislação, pois todo nosso sistema deve manter consonância com a Constituição Federal. Por esta razão, quando acrescentou o inciso IV ao artigo 387, deveria ter alterado também o artigo 41 do Código de Processo Penal, dispondo que a denúncia ou queixa-crime contenha pedido de reparação dos danos causado pelo delito juntamente com uma estimativa de valor. Desta forma, não haveria o risco de o juiz julgar *extra petita* e sem a efetiva correspondência com o pedido da acusação ou da vítima.

A reforma processual penal de 2008 teve o claro intuito projetar celeridade ao procedimento, conforme narra Abramovay (2009, p. 5):

Em 2000, o Ministro José Carlos Dias constituiu uma comissão de juristas, presidida pela professora Ada Pellegrini Grinover, com o intuito de

ao salientar que ‘compete ao julgador, ao proferir a sentença condenatória, nos termos do art. 387, inc. IV, do Código de Processo Penal, fixar o valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, independente de pedido explícito’. E, quanto ao valor, em caso de eventual impossibilidade de pagamento, deverá ser decidido pelo juízo executório, o competente”: TJRS, Apelação Crime nº 70028215945, 3º Câmara Criminal, rel.: José Antônio Hirt Preiss, Julgado em 16/4/09

⁹Texto publicado na revista eletrônica Ambito Jurídico, intitulado **O Supremo Tribunal Federal e a Fixação da reparação do dano na sentença penal condenatória**. Acesso em: 23 de julho de 2015.

apresentar propostas visando à reforma do Código de Processo Penal Brasileiro. Após a audiência de diversas entidades da sociedade civil bem como de vários especialistas, os projetos foram, em 2001, encaminhados pelo Executivo ao Congresso Nacional.

Ainda sobre referida reforma processual, lembrando que foram oito anos de tramitação e discussão, Abramovay (2009, p. 9) conclui que:

A Reforma de Processo Penal (...) tem claramente o objetivo de conferir cidadania aos brasileiros no tratamento penal. Cidadania, aqui, justamente neste sentido (...) de se tratar igualmente cada indivíduo, com integral respeito aos direitos fundamentais e igual respeito ao Estado de Direito.

Um processo Penal mais célere, presente em todos os projetos debatidos, é requisito fundamental para a efetividade do sistema penal e para a redução da sensação de impunidade no Brasil.

A Lei 11719/2008 também acrescentou o parágrafo único ao artigo 63 do Código de Processo Penal, prevendo que, transitada em julgado a sentença condenatória, a execução poderá se efetuar, pelo valor fixado, nos termos do inciso IV do *caput* do artigo 387, sem prejuízo de liquidação para apurar o dano efetivamente sofrido. Essa novidade possibilitou que a vítima fosse logo satisfeita, mesmo que parcialmente, já que a sentença penal com o valor mínimo de indenização é título executivo líquido e certo.

As medidas trazidas pelas Leis 11690 e 11719, ambas de 2008, preconizaram um melhor tratamento à vítima, em conformidade com a tendência internacional, visando minimizar as consequências da vitimização secundária, que, conforme narrado no capítulo primeiro, trata de todo o sofrimento adicional causado à vítima pela dinâmica do sistema de Justiça Criminal.

A reforma foi bem-intencionada no que tange as vítimas, mas deixou a desejar em relação a boa técnica, uma vez que deveria ter previsto expressamente a necessidade da vítima requerer referida indenização, já que a possibilidade de requerimento melhor se coaduna com nossa sistemática, considerando que a reparação do dano está no âmbito de interesse de disponibilidade da vítima.

Possibilitar que a vítima requeira a restituição pelo dano sofrido é medida que hoje mais se adequa à nossa sociedade, porém as medidas devem ser debatidas e implementadas adequadamente, pois, permitir que a vítima participe pleiteando indenização não é dar a ela papel de parte no processo, Schünemann (2015, p. 31) ressalta que:

Em suma, não deve ser atribuído à vítima o papel de uma parte ou mesmo quase parte no juízo penal. Isso vale, desde logo, se, e somente se, nós temos um juízo penal tradicional, isto é, um processo apontando a imposição de uma pena criminal no sentido estrito. A situação muda súbita e

completamente quando se pode substituir a pena com a restituição e a reconciliação que deve ser definidas e implementadas em colaboração com a vítima. A vítima naturalmente assume a posição de uma parte no processo que aponta para a restituição. Os pré-requisitos para a substituição da pena com a restituição, são, contudo, não uma questão de procedimento mas de Direito Penal substantivo. (tradução nossa)¹⁰

Desta maneira, seria razoável que a reforma tivesse permitido que a vítima pleiteasse, já na ação penal, o valor integral do dano sofrido, pois, desta maneira, facilitaria a total satisfação à vítima, ressalvado apenas os casos em que, em razão da complexidade da causa, não fosse possível ter o montante estabelecido na sentença penal condenatória, devendo em tais situações a ação de reparação ser processada no juízo cível.

2.6.1 Meios atuais para buscar a reparação do dano

A legislação processual, com a intenção de facilitar para a vítima a busca pela reparação dos danos decorrentes de ilícitos criminais, permite que ela se utilize da sentença penal ou civil, a que primeiro transitar em julgado. Segundo Silva (2010, p. 148/149), a vítima, visando buscar a indenização dos danos experimentados em razão do delito, pode se utilizar de uma das três possibilidades a seguir descritas.

A primeira, que segundo narra o autor é “o melhor caminho a ser utilizado pela vítima ou dependentes”, é a possibilidade da vítima ingressar no juízo civil e postular a reparação pelos danos materiais, morais e, até mesmo, lucros cessantes, independentemente da ação penal. Desta maneira a vítima se resguarda do possível enfrentamento de questão de inconstitucionalidade ou violação de princípios constitucionais, podendo ter sua demanda retardada. Vale lembrar que a alteração legislativa acrescida pela lei 11719/2008 - que dispõe sobre a fixação de valor mínimo para a reparação dos danos na sentença penal condenatória – não impede a vítima de propositura de ação civil.

A segunda possibilidade é a situação em que a vítima aguardaria o trânsito em julgado da sentença penal condenatória para executar o valor mínimo fixado, havendo a possibilidade, ainda, de liquidar valores complementares dos danos materiais ou morais como condição à execução. Segundo Silva (2010, p. 150), nessas situações existem riscos:

¹⁰ En suma, a la víctima no debe serle asignado el papel de una parte o aun una cuasi-parte em el juicio penal. Esto se sostiene, desde luego, si, y sólo si, nosotros tenemos um juicio penal tradicional, esto es, um processo apuntando a la imposición de una pena criminal en el sentido estricto. La situación cambia súbita y completamente cuando uno pondera reemplazar la pena con la restitución y reconciliación, las cuales tienen que ser definidas y llevadas a cabo em colaboración con la víctima. La víctima naturalmente asume la posición de una parte em un proceso que apunta a la restitución. Los prerrequisitos para el reemplazo de la pena con restitución son, sin embargo, no una cuestión de procedimiento sino de Derecho penal sustantivo.

No entanto, a vítima corre o risco de enfrentar obstáculos legais, bem como incidente de inconstitucionalidade da Lei 11719/08, na alteração do artigo 387, inciso IV, do CPP, em embargos de devedor, por infringência aos princípios do devido processo penal, do contraditório e da ampla defesa *ut* artigo 5º LIV, LV da CRF/88. Salvo hipótese de valor acordado pelas partes, mediante homologação pelo juiz ou firmado em documento assinado pelo acusado e vítima perante duas testemunhas ou instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, Defensor Público ou pelos advogados dos transatores, conforme artigos 475 N, III do CPC, por constituírem em título executivo passível de execução imediata.

Compulsando pela jurisprudência, não foi possível até o momento, encontrar decisões que tenham declarada a inconstitucionalidade do dispositivo.

A terceira possibilidade que resta à vítima visando satisfazer os danos sofridos pelo delito é a união das duas anteriores, ou seja, a vítima poderá propor ação cível independente da ação penal, formulando pedido de reparação dos danos morais e materiais como complemento aos valores mínimos fixados ou acordados na jurisdição criminal. Neste caso, procederá à prévia liquidação dos valores da sentença criminal para a complementação dos valores pelos danos efetivamente sofridos, como condição necessária a jurisdição civil, conforme dispõe o artigo 475-N, II, do CPC.

Independente das possibilidades trazidas acima, vale lembrar que, segundo o artigo 91, inciso I, do Código Penal, um dos efeitos genéricos da condenação é tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime. Esse efeito independe da declaração por parte da autoridade jurisdicional. Segundo Brasileiro (2013, p. 284):

Cuida-se de efeito extrapenal obrigatório (ou genérico), aplicável por força de lei, independentemente de expressa declaração por parte da autoridade jurisdicional, uma vez que é inerente à condenação, qualquer que seja a pena imposta (privativa de liberdade, restritiva de direitos ou multa). Na verdade, a única condição para o implemento deste efeito é o trânsito em julgado da sentença penal condenatória e, evidentemente, a constatação de que o delito tenha efetivamente gerado um dano a ser indenizado em favor de determinada pessoa.

Portanto, conforme previsto no Código Penal, a sentença penal condenatória, mesmo que não contenha valor mínimo para a reparação dos danos, vale como título executivo judicial, nos termos do artigo 475-N, inciso II, do Código de Processo Civil e pode ser executada no juízo cível, abreviando o processo, pois não se discutirá sobre a culpa, mas tão somente o quanto da indenização, isto se, a indenização não tiver sido amplamente fixada no âmbito criminal, nesse sentido Nucci (2014, p. 174/175):

Transitando em julgado e tornando-se, pois, definitiva, pode a sentença ser levada ao juízo cível para que a vítima obtenha a reparação do dano (art. 63, CPP). Não mais se discutirá se esta é devida (*an debeatur*), mas tão somente o quanto é devido pelo réu (*quantum debeatur*). Facilita-se o processo,

impedindo-se o reinício da discussão em torno da culpa, merecendo debate somente o valor da indenização, o que é justo, pois o retorno ao debate a respeito da ocorrência do crime ou não somente iria causar o desprestígio da Justiça.

Se a indenização civil for fixada, pelo juiz criminal, de maneira ampla e definitiva, cremos ser indevida a liquidação na órbita do juízo cível. Entretanto, se não for estabelecida a reparação ou se apenas cuidar do valor mínimo, torna-se possível renovar a discussão no cível

Vale a pena ressaltar, que a vítima deve buscar a reparação pelos seus próprios meios, com a contratação de advogado ou valendo-se do serviço de Assistência Judiciária, proporcionada pelo próprio Estado com Convênios junto a OAB.

A respeito da importância da reparação do dano para ambas as partes do delito afirma García-Pablos de Molina (2000, p. 106):

A reparação, ao contrário, é da conveniência de todos. Mas reparar o mal do delito não significa necessariamente indenizar a vítima: pois nem os efeitos mais perniciosos do crime são de natureza econômica, nem a compensação pecuniária é a única ou principal modalidade reparatória.

Visando a proteção das vítimas hipossuficientes, o Código de Processo Penal no artigo 68, prevê que, se o titular do direito à reparação do dano for pobre, a execução da sentença condenatória ou a ação civil será promovida a seu requerimento, pelo Ministério Público, entretanto, a legitimidade do Ministério Público apenas é viável até a total organização da Defensoria Pública, assim decidiu o Supremo Tribunal Federal (1998, RE 147.776-SP):

No contexto da Constituição Federal de 1988, a atribuição dada ao Ministério Público para promover ação civil de reparação de danos *ex delicto*, quando for pobre o titular da pretensão, foi transferida para a Defensoria Pública; porém, se este órgão ainda não foi implementado, nos moldes do art. 134 da Carta Política e da LC 80/94, inviabilizando, assim, a transferência constitucional de atribuições, o art. 68 do Código de Processo Penal, que legitima o *Parquet* para promover tal pleito indenizatório, será considerado ainda vigente

Analisando os meios atuais que a vítima possui na busca da reparação do dano, parece, à primeira vista, que eles são adequados e satisfatórios. Entretanto, tais mecanismos ainda são insuficientes, em razão da pouca participação que a vítima tem dentro do procedimento processual penal e da demora para a efetiva indenização pelos danos sofridos. Por essa razão, alterações legislativas buscando a valorização das vítimas serão sempre bem-vindas e devem ser debatidas para melhor efetivação.

2.7 Projeto de Lei 8045/2010 e a reparação do dano

Cumprir lembrar que o Código de Processo Penal é o Decreto-Lei 3689, que está em vigor desde 03 de outubro de 1941, e, desde então, passou e continua passando por diversas alterações legislativas. Ocorre que atualmente é latente a incompatibilidade de muitos de seus dispositivos com a Constituição Federal de 1988. Em razão disso, um novo Código de Processo Penal é uma necessidade para a sociedade atual.

Existe um Projeto de Lei que visa reformar o Código de Processo Penal, tendo sido aprovado pelo Senado Federal, recebendo inicialmente a numeração 156/09, e que posteriormente foi remetido à Câmara dos Deputados, onde atualmente tramita, passando a ser tratado como o Projeto de Lei 8045/2010. Considerando que a reforma trata tanto da vítima e sua participação no processo penal como, também, da reparação do dano. Deve-se realizar uma análise pontual das possíveis alterações legislativas relacionadas com o tema do presente estudo.

Em linhas gerais, ao analisar a Exposição de Motivos do Projeto da Lei que visa alterar o Código de Processo Penal, é possível verificar que existe grande tendência em diminuir ou conter de forma responsável a pena privativa de liberdade. Isso porque, segundo os juristas responsáveis, os malefícios da aplicação e execução das mesmas são evidentes, aliado ao fato de que nosso sistema penitenciário é incapaz de respeitar condições mínimas de existência humana com dignidade.

Em decorrência desse cenário, o Anteprojeto ressalta que a sanção penal não é a única alternativa possível, e ressalta que “a recomposição dos danos e a conciliação dos envolvidos pode se revelar ainda mais proveitosa e eficiente, ao menos da perspectiva da pacificação dos espíritos e da consciência coletiva da eficácia normativa”.

Assim, a possível nova lei busca instituir a possibilidade de composição civil dos danos com efeitos de extinção da punibilidade no curso do processo, relacionados a crimes patrimoniais, praticados sem violência ou grave ameaça, e aos delitos de menor repercussão social. Ela também substituiu a ação penal privada pela ação penal pública condicionada a representação, respeitando a disponibilidade do interesse da vítima quanto ao ingresso no sistema de persecução penal.

A exposição de motivos do anteprojeto também demonstra preocupação com a vítima, dando-lhe atenção especial, trazendo a possibilidade desta ingressar em juízo como parte.

A partir da análise do texto de reforma, é perceptível a influência de diplomas internacionais, especialmente as Resoluções 1989/57 e 1990/22 do Conselho Econômico e

Social da ONU, com a explícita preocupação em manter as vítimas criminais informadas acerca da movimentação processual. Gomes (2012, p. 108), a respeito da reforma e participação das vítimas de crimes, afirma que:

Aos olhos das vítimas, essa medida nessa fase processual é interessante especialmente para demonstrar que o Estado não esqueceu, ou seja, evita-se uma sobrevivitização que poderia ser gerada pelo completo desamparo e esquecimento. No entanto, a inclusão de informações para as vítimas com as atuais precárias condições (por falta de pessoas ou falta de estrutura) das Delegacias de Polícia importa, imediatamente, em aumentar o tempo de conclusão da investigação.

Entretanto, com tantos meios de comunicação existentes atualmente, não se pode afirmar, como fez o autor acima, que valorizar a vítima, concedendo informações de seu total interesse, ocasionará o aumento do tempo de investigação. O que se deve considerar é que manter a vítima informada diminuirá em muito seu sofrimento, seja no conhecimento da aplicação da lei penal, seja também na possibilidade de ter seus danos reparados.

Outra importante inovação do Projeto que altera o Código de Processo Penal está contida no capítulo IV, artigos 644 a 654, que prevê que as medidas cautelares reais (arresto e hipoteca) servirão para garantir a reparação do dano ocorrido no delito, com preferência às custas e despesas processuais.

Além disso, significativa alteração que consta do projeto de Lei em análise refere-se ao estabelecido em sua Seção II, do Capítulo V, a respeito “Da parte civil”, que possibilita à vítima, ou às pessoas legitimadas no caso de sua ausência, ingressar como parte civil e requerer a recomposição civil do dano moral causado pela infração, nos termos e limites da imputação penal, conforme preceitua o artigo 81 do projeto.

Na adesão civil, sem ampliar a matéria de fato constante na denúncia, a vítima ou as pessoas legitimadas poderão, no prazo de 10 dias, requerer a recomposição civil do dano moral causado pela infração nos termos e limites da imputação penal. A notificação possibilitando a adesão ocorrerá após o oferecimento da inicial acusatória.

O parágrafo primeiro do artigo 81 prevê que a fixação do dano moral ocorrerá na sentença condenatória, devendo o valor ser individualizado por pessoa. Já no parágrafo segundo há a previsão de nomeação de advogado à vítima ou legitimados que não tenha recursos para contratar.

O Projeto ressalva que, se o dano moral depender da prova de fatos ou circunstâncias não contidas na peça acusatória, ou sua comprovação puder causar transtornos ao regular desenvolvimento do processo penal, a questão deverá ser remetida ao juízo cível, conforme artigo 82, parágrafo único do Projeto.

Existem críticas a respeito da introdução de parte civil dentro do processo criminal. Segundo Gomes (2012, p. 109):

No entanto, apesar do projeto de reforma do Código de Processo Penal de conduzir a figura do assistente da acusação para um interesse puramente reparatório o ponto negativo é destinado para a inclusão da “parte civil” dentro do processo criminal, o qual atuará, exclusivamente, na busca pela reparação do dano moral gerado pelo delito. A inserção de mais uma parte no processo penal, para além da assistência à acusação, em busca de uma reparação de dano (moral) gerará uma maior descaracterização do processo penal.

Em que pese as críticas, o projeto é claro ao prever que o pleito pela reparação do dano moral não poderá prejudicar o regular desenvolvimento do processo penal, pois nessa situação deveria a discussão ser encaminhada para o juízo civil. Assim, não há que se falar em prejuízo ou descaracterização do processo criminal.

A composição civil dos danos prevista na Lei 9099/1995, já tratada anteriormente, foi inovadora quando rompeu com o preconceito e possibilitou a discussão cível, reparatória, no âmbito criminal, sendo hoje exemplo de agilidade e eficiência.

Por sua vez, ainda com enfoque de valorização da vítima, o título V do capítulo VI do Projeto de Lei 8045/2010, composto pelos artigos 90 a 92, dispõe a respeito de uma série de garantias, como o direito à informação, assistência, intimidade, integridade, restituição patrimonial, proteção de sua integridade física e mental, participação no processo penal, além do direito à reparação do dano, havendo previsão, inclusive, da possibilidade de composição civil dos danos nos casos previstos em lei.

Hoje já existem algumas previsões sobre o instituto da reparação do dano, mas este ainda possui problemas da efetivação, o que dá azo a intenso sofrimento às vítimas, que não conseguem ter seu direito efetivado.

Analisando a atual legislação em vigor referente à reparação do dano, verifica-se diferentes tratamentos que a permeiam, como analisado nos tópicos anteriores é possível: a separação entre as esferas cível e criminal, que possibilita a ação civil *ex delicto*; a composição civil dos danos prevista no artigo 74 da lei 9099/1995; a indenização fixada pelo juiz criminal ao proferir a sentença condenatória, no valor mínimo referentes aos danos sofridos, conforme previsto no artigo 387, inc. IV, sendo que, ao fixar esse valor mínimo, o juiz não se atenta ao que a vítima realmente precisa ou espera, mas, muitas vezes, fixa este valor mínimo como cumprimento de um dos requisitos da sentença e aquém do valor esperado e desejado.

Conforme analisado acima, destaca-se entre as inovações do projeto a possibilidade de ingresso da vítima nos autos enquanto parte civil, possibilitando sua atuação não apenas como assistente da acusação, mas também, se for do seu interesse, como parte processual.

A legitimidade de intervenção processual da vítima no processo penal é tendência internacional. Segundo Alfaro (2015, p. 153/155), tradicionalmente a intervenção da vítima no processo penal se encontrava-se limitada ao seu objeto civil, negando-se a intervenção em relação ao objeto penal. Contudo, na atualidade, vem se reconhecendo a legitimidade processual da vítima a respeito do objeto penal do processo. Ainda segundo o autor, a doutrina e a jurisprudência vem denominando este direito como “o direito a verdade”, derivado do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e a concretização direta do Estado Democrático e Social de Direito e da forma Republicana de Governo.

Desta forma, verifica-se que a vítima tem expectativa de índole ressarcitória, com a reparação civil no processo penal, e para maior êxito se faz necessário legitimá-la também em relação ao objeto penal, para que assim possa mais efetivamente colaborar com a responsabilização penal do ofendido.

O projeto de reforma do Código de Processo Penal prevê maior autonomia à vítima, possibilitando-a pleitear a reparação do dano moral ainda dentro do processo criminal, com cumulação de pedidos.

Entretanto, causa estranheza o projeto de alteração de Código de Processo Penal trazer a previsão de que a vítima pleiteie, ainda no âmbito criminal, a reparação pelo dano moral, mas não trata do dano material. Nem mesmo a previsão hoje existente no artigo 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, de fixar um valor mínimo para a reparação dos danos causados pela infração estão presentes no texto do projeto de reforma.

Portanto, o que se depreende das disposições do projeto de lei é que a adesão civil da vítima se restringe à reparação pelo dano moral, continuando a ação civil *ex delicto* competente para pleitear os danos materiais decorrentes da infração, o que parece ser um contrassenso possibilitar que a vítima discuta e pleiteie em âmbito criminal a reparação do dano moral, mas não a do dano material.

Sendo aprovado como está redigido, acerca da reparação do dano à vítima o Novo Código de Processo Penal não a agilizará por completo, uma vez que ela poderá, no próprio processo criminal, pleitear a reparação civil moral, mas não a material.

A legislação internacional, frente a expansão da justiça restaurativa e em conformidade com o sincretismo processual, viabiliza a reparação do dano e a composição

civil entre as partes ainda no seio processual penal, sendo que também poderia ser inserida em nossa legislação, a fim de atingir a pacificação social.

Se assim fosse, seria efetivada a diminuição das demandas no juízo cível, bem como ampliaria a satisfação das vítimas, que de forma mais eficiente poderiam, ainda no âmbito criminal, pleitear a reparação de seus danos.

Ocorre que a possibilidade de agregar interesse privado no âmbito público punitivo do Estado, legitimando o ofendido como parte civil, já é alvo de árduas críticas doutrinárias, Lopes Junior (2014, p. 723), sustenta tratar-se de um equívoco aplicar o sistema negocial como se estivesse tratando de um ramo do Direito Privado, afirmando que aqueles que defendem a “privatização” do processo penal partindo-se do Princípio Dispositivo do Processo Civil estão esquecendo que o Processo Penal constitui um sistema com suas categorias jurídicas próprias e da qual a analogia, além de nociva, é inadequada.

As inovações previstas no projeto de reforma do Código de Processo Penal estão, ao menos quanto à proteção da vítima, em conformidade com a legislação internacional, apesar de ainda não ser o ideal.

A reparação do dano na ação penal ficou aquém do desejado, pois, em que pese ter possibilitado à vítima pleitear a reparação pelo dano moral, não permitiu o pleito pelo dano material, em desrespeito à própria dignidade da vítima, que poderia de modo mais ágil ter seus danos integralmente reparados.

Buscando uma leitura constitucional da possibilidade de debater questões cíveis em âmbito criminal, importante lembrar que os princípios do contraditório e da ampla defesa devem ser garantidos, e, por isso, se faz necessário que seja dada às partes oportunidade para realizar tal debate, sendo que, havendo impossibilidade da composição, ou frente a complexidade da questão cível debatida, a lide deverá ser remetida ao juízo cível.

O que se pretende com referidas alterações legislativas não é desviar o foco do processo penal e sua finalidade principal, qual seja, a aplicação da lei penal, mas aproveitar as provas e o momento da instrução criminal para dar legitimação à vítima a respeito do objeto penal do processo e possibilitar a mesma solucionar, quando possível, questões civis sem maiores delongas. O juízo cível passaria a ser apenas uma reserva, na impossibilidade da reparação do dano em âmbito criminal.

2.7.1 Dano moral e dano material

Para melhor analisar a questão do dano moral e material, importa verificar que o Projeto de Lei 8045/2010, ao tratar “Da Sentença”, dispõe em seu artigo 423 que: “O juiz, ao proferir sentença condenatória: IV – arbitrará o valor da condenação civil pelo dano moral, se for o caso”

Conforme já analisado acima, o projeto disciplina a possibilidade de ser arbitrada indenização pelo dano moral causado em decorrência do ilícito penal, sem prejuízo da ação civil com relação aos danos materiais a ser ajuizada contra o acusado e o eventual responsável civil.

A justificativa para sua fixação, na sentença penal condenatória, conforme a Exposição de Motivos¹¹, é porque:

A opção pelos danos morais se apresentou como a mais adequada, para o fim de se preservar a celeridade da instrução criminal, impedindo o emperramento do processo, inevitável a partir de possíveis demandas probatórias de natureza civil. Nesse ponto, o anteprojeto vai além do modelo trazido pela Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008, que permitiu a condenação do réu ao pagamento apenas de parcela mínima dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos efetivamente comprovados.

Nesse ponto o projeto foi além das alterações realizadas pela Lei 11719, prezando pela satisfação da vítima e agilidade processual, mas deixou a desejar em relação a reparação do dano material.

Nos termos do artigo 81 do projeto que altera o Código de Processo Penal, a vítima ou as pessoas legitimadas a ingressarem como assistentes, no caso de sua ausência daquela, poderão, no prazo de 10 dias, requerer a composição civil do dano moral causado pela infração, nos termos e limites da imputação penal. A notificação para tal finalidade ocorrerá após o oferecimento da inicial acusatória.

Segundo o texto da reforma, o arbitramento ocorrerá na sentença condenatória e será individualizado por pessoa, sendo que no caso de ausência ou morte da vítima e na pluralidade de sucessores habilitados nos autos a lei observa o princípio da proporcionalidade e individualidade, uma vez que o dano moral pode ter abalado de modo diferente cada uma das vítimas ou dos sucessores habilitados nos autos.

O Projeto de Lei 8045/2010 foi cauteloso ao dispor que se o dano moral decorrente de crime depender de prova de fatos ou circunstâncias não contidas na peça acusatória, ou na hipótese em que a comprovação do dano moral puder causar transtornos ao regular

¹¹Anteprojeto do Código de Processo Penal, elaborado pela Comissão de Juristas responsável pela elaboração do anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/58503.pdf>. Acesso em: 12 de junho de 2015.

desenvolvimento do processo penal, a questão deverá ser remetida ao juízo cível, sem prejuízo do disposto no inciso II do artigo 475-N do Código de Processo Civil. Portanto, o legislador procurou deixar bem claro e de forma expressa que o pleito pelo dano moral no decorrer da ação penal não pode interferir ou prejudicar o andamento do processo.

Também de muito bom grado foi a ressalva trazida pelo Projeto de Lei 8045 ao deixar expresso que, caso o réu opte por não se manifestar no processo criminal a respeito da indenização pelo dano moral, poderá pleitear na possível ação civil indenizatória os danos morais e materiais causados pela infração. Se esta ação for proposta contra o acusado e nela constar pedido de reparação de dano moral, a adesão na ação penal estará prejudicada.

Assim, apesar de opiniões contrárias, é louvável a possibilidade de ser arbitrada indenização pelo dano moral causado em decorrência do ilícito no processo penal. Entretanto, em relação ao dano material, não há no projeto previsão de que a vítima possa pleiteá-lo ainda em âmbito criminal, devendo ajuizar ação civil contra o acusado e o eventual responsável civil, conforme previsão do artigo 83 do projeto de lei.

A possibilidade da adesão civil, para que a vítima possa pleitear indenização pelo dano moral decorrente da infração, possui vantagens e desvantagens, conforme a enumeração realizada por Silva (2010, p. 151):

O sistema de adesão apresenta vantagens e desvantagens. Vantagens: a) economia processual; b) uniformidade de julgados; c) celeridade de decisão sobre a reparação de danos notadamente, nos ilícitos de menor potencial ofensivo; d) rapidez de decisão sobre a reparação de danos; e) cooperação do lesado no processo penal. Desvantagens: a) perturbações do andamento do processo penal; b) utilização do processo penal para fins privados; c) ativa a ação privada no processo penal; d) aplicação do princípio **in dubio pro reo** no processo penal implica a absolvição do réu, podendo tal situação na solução da conexa lide civil em tramite na jurisdição penal.

Consoante as críticas acerca da possibilidade de discutir valores e indenizações dentro do processo criminal, encontrou-se, durante os estudos, a sugestão para a admissão do processo de adesão no sistema jurídico brasileiro, respeitando-se o devido processo legal, possibilitando ao juiz criminal competência para decidir matéria referente a reparação de danos conexa à criminal, mediante pedido expresso da vítima, para ter o total dos seus danos reparados, ou chegar o mais próximo possível disto, Silva (2010, p. 152).

A mistura entre as ações civis e criminais precisa ser melhor trabalhada e detalhada, para que a vítima não fique prejudicada. De nada adianta alterações legislativas se na prática processual pouca ou nenhuma utilidade será aplicada, frente a ausência de detalhamento na regulamentação. Possibilitar a adesão da vítima para que esta pleiteie a reparação pelo dano

moral, mas não pelos danos materiais, é uma incongruência, sendo que o legislador deve repensar e aperfeiçoar tais medidas com finalidades reparatórias.

2.8 Reparação do dano por parte do Estado

Conforme já explanado anteriormente, a vítima passou por três fases distintas: a da vingança privada, momento em que a vítima teve papel relevante na relação com o crime, pois realizava vingança/justiça pelas próprias mãos; posteriormente, a fase do esquecimento da vítima, período da Idade Média, em que a punição passou a cargo da igreja e dos senhores feudais e continuou após o Estado assumir o *jus puniendi*; ea terceira fase, conhecida como do redescobrimento da vítima, que ocorreu no período Pós II Guerra Mundial e que está relacionada com movimentos humanitários, criação de fundos, desenvolvimento de estudos e inserções pontuais da participação da vítima na legislação interna.

A Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder de 1985¹² faz previsão quanto à necessidade dos autores de crimes repararem os danos sofridos pelas vítimas e suas famílias. Além disso, referido diploma também prevê que, em caso de impossibilidade de aqueles promoverem a indenização, deve o Estado arcar com a reparação financeira. A cláusula 12 da Declaração dispõe que:

Quando 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, como consequência de atos 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.

Além da indenização financeira, a Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder também tem previsão da necessidade do Estado disponibilizar em favor da vítima assistência material, médica, psicológica e social de que necessitem, conforme dispõe sua cláusula 14: “As vítimas devem

¹²Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direitos-Humanos-na-Administra%C3%A7%C3%A3o-da-Justi%C3%A7a.-Prote%C3%A7%C3%A3o-dos-Prisioneiros-e-Detidos.-Prote%C3%A7%C3%A3o-contra-a-Tortura-Maus-tratos-e-Desaparecimento/declaracao-dos-principios-basicos-de-justica-relativos-as-vitimas-da-criminalidade-e-de-abuso-de-poder.html>. Acesso em: 19 de abril de 2015.

receber a assistência material, médica, psicológica e social de que necessitem, através de organismos estatais, de voluntariado, comunitários e autóctones.”

Muito já se discutiu sobre a possibilidade de reparação do dano por parte do Estado às vítimas de crimes. Argumentos favoráveis e contrários foram apresentados. Fernandes e Marques (1992, p. 10) relacionam alguns: justifica-se que a compensação por parte do Estado deriva da moderna ideia de seguro estatal; o Estado, quando proibiu a vingança privada, passou a ser o defensor da segurança dos cidadãos, e a falha na prestação desta segurança o obriga a compensar e indenizar. Isso porque muitas são as razões nas quais a indenização por parte do autor do crime fica impossibilitada. Às vezes porque não se descobre a autoria, outras em razão do autor do delito ser insolvente, ou, ainda, porque a sentença demorou demais para ser proferida.

Ainda segundo Fernandes e Marques (1992, p. 10), há os que acreditam não ser obrigação do Estado proteger os cidadãos uns dos outros, não sendo possível exigir um total controle do crime. Também existem os que afirmam que tal reparação por parte do Estado seria muito oneroso ao sistema como um todo.

Em que pese as divergências de opiniões, prevalece que o Estado deve sim assumir reponsabilidade pela reparação de danos às vítimas de crimes. Tanto é que diversos países foram se adequando a esta necessidade e criaram sistemas estatais de reparação e instituíram fundos para tal fim, como por exemplo Estados Unidos, Grã-Bretanha, Alemanha, Itália, cada qual com suas peculiaridades.

Nos Estados Unidos, no ano de 1984 uma Lei Federal garantiu subsídios aos Estados para ajudar nos programas de assistência às vítimas e fundos de compensação, o dinheiro é coletado das multas aplicadas e dão auxílio financeiro direto às vítimas de crimes, entretanto, esse sistema ainda não é o ideal, conforme narra Amaral (2005, p. 235):

Os programas de compensação às vítimas têm proporcionado valiosa ajuda a milhares de vítimas. Entretanto, seus objetivos principais (reembolso de substancial porção das perdas das vítimas de crimes violentos, incentivo à cooperação entre as pessoas inseridas na justiça criminal, em especial vítima e o governo) não têm logrado alcançar o sucesso esperado. Os motivos dessa falha são a pouca informação, a demora do processo compensatório, os inconvenientes diversos e as exigências formais requeridas para a participação dos programas de compensação.

Na Grã-Bretanha a origem do primeiro programa de compensação às vítimas de crimes é de 1964 e a partir de então foi se aperfeiçoando, hoje é cabível apenas às vítimas de crimes violentos, afirma Amaral (2005, p. 243/244), que a criação do fundo foi motivada pelas condolências da sociedade para com as vítimas dos delitos e para efetivar-se não é

necessária instrução jurídica ou representação por advogado, mas a vítima, sendo possível, deve colaborar com a polícia, a compensação é restrita aos danos físicos e psicológicos e para efetivar-se é necessário ainda, que as demais formas de reparação do dano tenham falhado.

No direito Alemão, a primeira Lei de Indenização às vítimas de Delitos Violentos é de 1976, conforme narra Amaral (2005, p. 265) “Esta instituição é um recurso subsidiário em relação a outras fontes de reparação, especialmente ao sistema público de seguro social”, mas na prática é um instituto de pouca aplicação, isso em decorrência da interpretação restritiva que os Tribunais têm dado e a falta de informação das vítimas.

Na Itália, diferentemente dos países até aqui analisados sobre a compensação estatal, indeniza-se apenas as vítimas de terrorismo ou criminalidade organizada, por influência da realidade que vivenciam e para evitar fraudes, nesse sentido afirma Amaral (2005, p. 276):

Na Itália, a não atribuição de uma compensação estatal para vítimas de outros delitos violentos é defendida sob o argumento de que, do contrário, seriam incrementadas ainda mais as fraudes existentes naquele país. Também se justifica com a alegação da dificuldade que existe para definir-se o que vem a ser delito violento como motivo para a não extensão da compensação às demais hipóteses.

Observa-se, portanto, que a compensação Estatal às vítimas de crimes está presente em diversos países, cada qual com suas peculiaridades, de acordo com suas necessidades e anseios.

A Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder de 1985 dedica especial atenção à reparação do dano por parte do Estado. Sua cláusula 9 dispõe que: “Os Governos devem reexaminar as respectivas práticas, regulamentos e leis, de modo a fazer da restituição de uma sentença possível nos casos penais, para além das outras sanções penais”

Infelizmente, no Brasil ainda não existem fundos que possibilitem a reparação do dano às vítimas. Também não há órgãos de operacionalização da justiça e nem mesmo políticas públicas que busquem tal objetivo. O aparato jurídico brasileiro ainda está voltado para o criminoso, o que é um verdadeiro retrocesso social.

Entretanto, pode-se observar que o Brasil vem se movimentando e gradativamente ampliando os dispositivos que ressaltam a importância da vítima na sistemática processual, seja com a previsão de seguro obrigatório devido às vítimas de acidentes de trânsito, seja com inovações legislativas, como por exemplo as Leis 9099/1995, 11719/2008 e 11690/2008, bem como o projeto de alteração do Código de Processo Penal- PL 8045/2010. Entretanto, em nenhuma desses diplomas existe previsão de reparação de danos por parte do Estado.

A Constituição Federal de 1988 trouxe dispositivo que prevê condições em que o Estado dará assistência aos herdeiros e dependentes carentes de pessoas vitimizadas por crime doloso. Entretanto, trata-se de norma de eficácia limitada, ou seja, não possuem plenitude de seus efeitos, precisando da interação da lei. Determina o artigo 245 que “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.”

A União permanece até hoje omissa, já que desde a promulgação da Constituição de 1988 até a data atual se passaram vinte e sete anos e nada foi feito para regulamentar a previsão constitucional. Essa omissão não pode permanecer, sendo necessários a reflexão e debate sobre o assunto, pois só assim a dignidade das vítimas de crimes pode ser alcançada e a evolução social atingida. Não é possível admitir que a injustiça histórica de ausência de reparação do dano por parte do Estado se perpetue.

Na atual sociedade democrática não é utopia demonstrar a efetiva necessidade da valorização das vítimas de crimes e pleitear a regulamentação do artigo 245 da Constituição Federal para que haja previsão de regras que possibilitem o amparo das vítimas e de seus dependentes, proporcionando condições de reparação dos prejuízos materiais, ou até mesmo psicológicos, causados pela ação criminosa.

Uma possível solução para a omissão estatal é a via do mandado de injunção, nesse sentido Amaral (2005, p. 337):

Portanto, trata-se de reparação do dano a ser feita pelo erário público. Entretanto, após tantos anos o dispositivo ainda está na dependência de uma lei futura que venha a suprir a omissão. Neste momento, só resta pensar na remota (e discutível) via do mandado de injunção para fazer daquele dispositivo uma realidade.

Outra maneira de resolver a omissão Estatal é um projeto de Lei de iniciativa popular. Com essa intenção acontece um movimento social no Estado de Santa Catarina, conhecido como “Justiça – Direito de Todos”, que busca assinaturas para que seja possível apresentação de projeto de lei de iniciativa popular.

Demonstra-se, no referido projeto, a iminente necessidade de regulamentação do artigo 245 da Constituição Federal, visando amparo às vítimas de crimes dolosos e seus dependentes, proporcionando, assim, condições de apoio material, psicológico, médico e orientação jurídica em razão das sequelas causadas pelas práticas de delitos dolosos.

O portal online do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, em nota publicada em agosto de 2014, apoia a iniciativa e dispõe de explicação àqueles que desejam apoiar e participar do movimento¹³.

Segundo a Juíza Sônia Maia Mazzetto Moroso Terres, coordenadora do movimento, “Além da regulamentação objetiva, busca-se dar visibilidade a uma parcela da sociedade que está invisível para o Estado, a vítima”¹⁴.

A respeito da omissão do Estado, Giacomolli (2006, p. 30) assevera que as vítimas, além de sofrerem com as condutas dos delinquentes, sofrem com a omissão do Estado e com a morosidade processual, o que acaba gerando um descrédito institucional, sendo que a maioria dos delitos causam um dano direto ao ofendido e outro ao estamento social.

Mesmo após a referida regulamentação será necessário, também, a criação de fundos, assim como existem em outros países, bem como a implantação de políticas públicas de amparo às vítimas. A respeito do tema, Fernandes (1995, P. 161), disserta que:

Crescem os fundos de indenização. Preocupam-se os países em criar estímulos para que o delinquente repare o dano, prevendo-se programas de reparação e conciliação tendentes a evitar a imposição de pena, estimulando-se a reparação como pena para pequenos delitos ou como sanção substitutiva. Acentua-se visível inclinação para admitir que entidades coletivas, associações, sindicatos, possam defender em sede penal, interesses civis. A temática da responsabilidade por ato ilícito evolui de uma postura individualista, para um sentido coletivista, diante do contínuo progresso das teorias sobre socialização dos riscos na sociedade.

A ausência de tal fundo e a omissão do Estado no amparo às vítimas de crimes ferem a dignidade, deixando esta e seus familiares ao abandono, seja ele material, emocional ou médico. Essa situação precisa mudar, a reflexão e o apoio aos movimentos existentes é medida mais adequada dentro do Estado Democrático de Direito e a constituição de fundo é o caminho. A respeito do assunto disserta Brega Filho (2004):

A nosso ver, este é o caminho da evolução e a perspectiva é de um sistema garantidor da reparação do dano. Somente com a Constituição de um Fundo de Reparação à vítima, o Estado dará resposta eficaz a população que exige um sistema adequado, e que garanta o ressarcimento do dano causado pela criminalidade, pois em última instância é o Estado quem deve garantir a segurança da população.

¹³Para conhecer melhor o projeto e poder participar é possível acessar o site <http://www.soniamorosoterres.com.br/> ou o site do Tribunal de Justiça de Santa Catarina <http://portal.tjsc.jus.br/web/sala-de-imprensa/-/tjsc-apoia-projeto-de-lei-de-iniciativa-popular-justica-direito-de-todos->.

¹⁴Notícia retirada do site TJ SC jusbrasil, ocasião em que da Juíza Sônia Maia Mazzetto Moroso Terres realizou reunião com o objetivo de apresentar o projeto “Justiça-Direito de Todos” ao presidente da Federação das Indústrias de Santa Catarina – Fiesc, que na oportunidade parabenizou a iniciativa da Magistrada e ressaltou que o Fiesc vai aderir o projeto Direito de Todos. <http://tj-sc.jusbrasil.com.br/noticias/139966744/fiesc-firma-parceria-com-o-projeto-justica-direito-de-todos>, Acesso em: 21 de maio de 2014.

Em observância ao exposto, visando proteger a vítima e seus familiares de forma digna, é possível verificar a necessidade de lei que regule a reparação dos danos, com a criação de fundos que possibilitem o ressarcimento material, de forma justa e quando eminentemente necessário. A receita para criação desses fundos pode ser objeto de um novo e amplo estudo, porém, em observância a pesquisa realizada por Fernandes e Marques (1992, p.11), tais fundos poderiam provir de diversas fontes: “parte das custas judiciais em processos criminais, venda de bens apreendidos em razão de atos criminosos, parte do produto do trabalho do preso etc”.

Seria impossível financeiramente que o Estado se responsabilizasse por todas as vítimas, já que existem vítimas que possuem seguros de vida, seguros quanto aos seus bens, pagam previdência e a questão patrimonial seria de menor relevância. Entretanto, há situações específicas em que o crime deixa a vítima e seus familiares em total desamparo, ferindo a dignidade destes, nestas situações excepcionais a reparação por parte do Estado deveria ser imposta.

Vale ressaltar que o Estado divide responsabilidade com o agente criminoso no cometimento de infração penal, em decorrência da omissão e das próprias falhas por parte deste, que não prepara ou qualifica os cidadãos para o trabalho, assim estas pessoas menos favorecidas utilizam-se do crime para a própria sobrevivência, trata-se do instituto da coculpabilidade, que segundo Moura (2006, p. 41):

O princípio da co-culpabilidade é um princípio constitucional implícito que reconhece a corresponsabilidade do Estado no cometimento de determinados delitos, praticados por cidadãos que possuem menor âmbito de autodeterminação diante das circunstâncias do caso concreto, principalmente no que se refere às condições sociais e econômicas do agente, o que enseja menor reprovação social, gerando consequências práticas não só na aplicação e execução da pena, mas também no processo penal.

O desenvolvimento da coculpabilidade ocorreu em decorrência da omissão do Estado no fornecimento de recursos fundamentais para uma vida digna, resultando no aumento da criminalidade, portanto, busca olhar os problemas sociais que influenciam na prática de atos delituosos, nesse sentido Greco (2011, p. 412):

A teoria da coculpabilidade ingressa no mundo do Direito Penal para apontar e evidenciar a parcela de responsabilidade que deve ser atribuída à sociedade quando da prática de determinadas infrações penais pelos seus “supostos cidadãos”. Contamos com uma legião de miseráveis que não possuem um teto para se abrigar, morando embaixo de viadutos ou dormindo em praças ou calçadas, que não conseguem emprego, pois o Estado não os preparou ou os qualificou para que pudessem trabalhar, que vivem a mendigar por um prato de comida, que fazem uso de bebida alcoólica para fugir à realidade

que lhes é impingida. Quando tais pessoas praticam crimes, devemos apurar e dividir essa responsabilidade com a sociedade.

Não há previsão expressa no ordenamento jurídico nacional sobre a coculpabilidade, entretanto, a doutrina vislumbra dispositivos que a ampara. No Código de Processo Penal o artigo 187 estabelece que o interrogatório será constituído de duas partes, sobre a pessoa do acusado e sobre os fatos, assim, é possível analisar os fatos sociais que influenciaram o agente na prática criminosa. Por sua vez, o Código Penal, no artigo 66, tem previsão de atenuante em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei.

Desta forma, verifica-se que a coculpabilidade consiste na divisão de responsabilidade entre infrator e o Estado no cometimento da infração penal, tendo em vista a omissão e falhas deste.

Da mesma maneira que o Estado pode ser responsabilizado por sua omissão em relação ao infrator, ele também pode e deve ser responsabilizado em decorrência da vítima que ficou desamparada. Por esta razão, com a regulamentação do artigo 245 da Constituição Federal, acredita-se que o Estado deveria ser responsabilizado pelos crimes mais graves, nas hipóteses do réu ser insolvente, quando a autoria fosse desconhecida e nas ocasiões que a reparação fosse necessária garantindo a dignidade da vítima e seus familiares, pois desrespeitar o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, conforme vem ocorrendo com a omissão do Estado, é ferir o próprio Estado Democrático de Direito.

O Estado não deve preocupar-se somente em realizar sua função de pretensão punitiva, mas deve buscar também resolver o conflito, sendo a reparação dos danos uma das maneiras de amenizar o sofrimento da vítima garantindo a dignidade destas e seus familiares.

3A SUSTENTABILIDADE SOCIAL NA REPARAÇÃO DO DANO E AEFETIVA PARTICIPAÇÃO DA VÍTIMA NA SOLUÇÃO DA LIDE

Considerando o que foi exposto nos capítulos anteriores, tanto sobre a vítima como também a respeito do instituto da reparação dos danos e das dificuldades da sua efetivação, neste momento será realizada uma abordagem acerca da sustentabilidade, em seu aspecto social, na tentativa de demonstrar que o Direito Processual Penal precisa adequar-se à nova realidade, de modo a evoluir sem deixar de lado os direitos e garantias já adquiridos.

Na tentativa de efetivar a reparação do dano como fator de desenvolvimento social, serão importantes as considerações trazidas acerca da ampliação dos institutos consensuais no processo, possibilitando que a vítima possa pleitear no processo penal a reparação pelos danos sofridos e que o juiz, na sentença condenatória, fixe a indenização devida, ressaltando que esta possibilidade não pode prejudicar a ação penal.

Será abordada, também, a Justiça Restaurativa, descrevendo seus objetivos, ideais, com a utilização da mediação criminal na tentativa de solucionar o conflito, de modo a valorizar a vítima e possibilitar a reparação dos danos a depender do caso concreto.

A Justiça Criminal como um todo precisa evoluir. A vítima tem sido centro de atenções em diversos países e reparar o dano, inclusive com fundos estatais, é uma preocupação internacional.

No entanto, ainda sofre entraves a ampliação e implementação de institutos que tragam a vítima para a solução da lide e a possibilitem, de forma mais eficaz, buscar a indenização pelos danos sofridos. Tais dificuldades se apresentam tanto de ordem doutrinária quanto em relação ao aspecto prático, o que será analisado e ponderado.

3.1 As diversas formas de sustentabilidade

A sustentabilidade é questão que vem sendo amplamente discutida por todo o mundo e se fundamenta basicamente em três pilares: o meio ambiente, a sociedade e a economia.

Muitos são os conceitos para a sustentabilidade, mas o enfoque do estudo está no desenvolvimento humano e social, buscando medidas que possam promover o equilíbrio e o bem-estar da sociedade através de iniciativas de pacificação social pelo consenso no âmbito criminal, maximizando a participação da vítima.

A respeito da sustentabilidade em sua perspectiva social, Pereira (2011, p. 79) ressalta que: “A sustentabilidade observada a partir da esfera social enfatiza a presença do ser

humano na Terra. A principal preocupação desta linha é o bem-estar humano e a qualidade de vida.”

A sustentabilidade consiste, basicamente, no desenvolvimento presente com a finalidade de garantir as futuras gerações. Até há pouco tempo atrás, a discussão da sustentabilidade restringia-se ao âmbito do direito ambiental, entretanto hoje já se fala em sustentabilidade no desenvolvimento de toda a sociedade. Por esta razão, investigou-se a possibilidade da justiça criminal desenvolver-se de forma sustentável, possibilitando à vítima de crime efetiva participação no processo de solução da lide, para que este possa alcançar seus reais objetivos de forma mais eficiente, tanto do ponto de vista da ressocialização do ofensor quanto da satisfação da vítima.

Diversas são as críticas referentes ao atual modelo de justiça criminal, que se encontra basicamente alicerçada na punição do infrator e com foco nos prejuízos estatais decorrentes do delito, sem qualquer preocupação efetiva com a vítima.

Não se vislumbra a possibilidade de substituir a pena processual pelo consenso e conseqüente voluntária reparação dos danos em todos os casos, pois nos processos que naturalmente são complexos, como nos casos em que os delitos têm maior gravidade ou, ainda, quando existe um número elevado de réus, o trâmite processual ainda é a forma mais eficiente para uma resposta estatal justa. Entretanto, os institutos consensuais podem ser utilizados em conjunto com os institutos da Justiça Comum e servir como fator obrigatório na diminuição da pena.

A reparação do dano de forma voluntária é profetizada por Roxin (2001, p. 472/473) como uma maneira de substituição da pena no futuro, em decorrência dos efeitos socialmente construtivos, devendo ser preferidas à pena privativa de liberdade. Para ele:

A nova ideia para a qual prevejo grandes perspectivas no direito penal vindouro, é a de que uma reparação voluntária prestada antes da abertura do procedimento principal (Hauptverfahren) leve a uma obrigatória diminuição na pena; em caso de uma prognose favorável sirva mesmo a uma suspensão condicional; e, excepcionando-se os delitos graves, mesmo a uma dispensa da pena (apesar de manter-se a condenação de culpado (Schuldspruch). Essa concepção tem a vantagem de fornecer ao autor um grande estímulo à reparação do dano, e de oferecer à vítima uma reparação rápida e não burocrática que o Estado não conseguiria em muitos casos realizar diante de um devedor recalcitrante. Com esta solução, a vitimologia, a doutrina da vítima, que nas últimas décadas vem alcançando uma crescente importância, conseguiria uma vitória decisiva no sentido de uma orientação da justiça penal à vítima

Desta forma, considerando a sustentabilidade social, a pesquisa procura demonstrar que valorizar a vítima garantindo direitos e possibilitando sua participação no processo penal,

seja de modo consensual ou no processo, são formas de amenizar o sofrimento, caminhando para o desenvolvimento da sociedade contemporânea.

A satisfação da vítima na solução da lide e o fracasso do Direito Penal na ressocialização e no bem-estar social refletem em incessantes reflexões sobre como evoluir, empenhando-se para uma sociedade mais sustentável

Indagando-se acerca da sustentabilidade social e o modelo de resposta aos delitos, importa analisar os paradigmas de resposta ao crime, que, do ponto de vista criminológico, divide-se basicamente 3 sistemas: o “dissuasório” clássico, que busca prevenir a criminalidade, como resposta ao delito, deixando para segundo plano a reparação dos danos às vítimas; o ressocializador, que tem por objetivo reinserir e reabilitar o infrator intervindo neste positivamente; e o integrador, que aborda a reparação do dano, conciliação e pacificação das relações sociais.

O modelo dissuasório visa satisfazer as pretensões punitivas do Estado, exibindo a força do Direito. Serve como intimidação, mas não resolve o conflito. Nesse sentido, García-Pablos de Molina(1997, p. 345 e 347/348) disserta que:

O modelo clássico de resposta ao delito confere especial relevância à pretensão punitiva do Estado, ao justo e necessário castigo do delincente, objetivo primário cuja satisfação, alguns acreditam, produz um saudável efeito dissuasório e preventivo da comunidade. (...)Finalmente, desde o ponto de vista normativo, o modelo dissuasório clássico revela sérias limitações e carências por sua incompatibilidade estrutural com princípios informadores do ordenamento jurídico de diverso nível hierárquico que são conhecidos ou mediatizados.

Ainda sobre o modelo dissuasório ou clássico, Lima Junior (2015, p. 77) afirma que “Os protagonistas neste modelo são o Estado e o delincente, restando excluídos a vítima e a sociedade.”

Por sua vez, o modelo ressocializador visa a reinserção social do infrator, facilitando de maneira digna seu retorno à comunidade.Na visão de Lima Junior (2015, p. 78) acerca do modelo ressocializador:

A reação ao delito passa a se preocupar com a utilidade do castigo, também para o delincente. Avalia a efetividade do sistema sob o ponto de vista do real impacto da punição na pessoa do condenado, sem se preocupar com os ideais abstratos da pena. Por conseguinte, o paradigma ressocializador faz com que o Estado assuma a natureza social da criminalidade, não se conformando simplesmente com a retribuição do mal praticado, ou caráter preventivo das penas, exigindo uma intervenção positiva na pessoa do condenado, ou seja, do afastamento dos efeitos nocivos da punição. Apartir desta premissa de melhoras no regime de cumprimento das penas, busca-se preparar o condenado a participar do corpo social sem traumas ou condicionamentos

O último modelo citado é o integrador, sem dúvida o mais ousado entre todos os modelos citados, pois, além de procurar recuperar o delincente, visa também dar assistência à vítima e o restabelecimento do controle social abalado pelo delito. Neste modelo, o problema criminal tenta ser resolvido por ações conciliatórias, atendendo aos interesses das partes envolvidas. García-Pablos de Molina (1997, p. 399) diz que: “Parte-se, pois, da convicção de que o crime é um conflito interpessoal e que sua solução efetiva, pacificadora, deve ser encontrada pelos próprios implicados no mesmo, “internamente”, em lugar de ser imposta pelo sistema legal com critérios formalistas e elevado custo social”.

Acredita-se que a sustentabilidade do Direito Processual Penal e do Direito Penal está intimamente relacionada com o modelo integrador, utilizando-se da justiça comunitária, pois a reparação do dano, a conciliação e a mediação são atrativas a ambas as partes e também para a comunidade, na tentativa de dar maior efetividade na solução do conflito. O modelo integrador surge juntamente com a fase do redescobrimto da vítima.

O modelo integrador é alvo de críticas preconceituosas, no sentido de que seria um “desatinado ajuste privado” ou uma “mera composição” que se propõe a resolver o crime com o pagamento de quantia em dinheiro, García-Pablos de Molina (1997, p.402).

Outra questão debatida é sobre o alcance do modelo integrador. Há quem afirme que este modelo seria substituto do modelo clássico apenas em delitos de menor gravidade. Em delitos de maior gravidade seria possível a utilização do modelo integrador, mas sem exclusão da aplicação da pena, podendo ser utilizado como fator atenuante. Vejamos a opinião de Lima Junior (2015, p. 78/79):

Neste patamar, existe controvérsia relativa ao alcance da justiça integradora quanto a natureza e gravidade dos delitos, além do perfil da vítima e delincente. Há quem defenda a universalidade e generalidade da conciliação e mediação do conflito criminal sem ressalvas, e aqueles que sustentam a incidência da justiça comunitária para determinados delitos, e delinquentes primários, de modo a não se distanciar da realidade. Parece-nos mais correta esta última vertente, sendo difícil conceber uma justiça restauradora em delitos de elevada gravidade, a exemplo de infrações penais como o homicídio, latrocínio, etc

Entretanto, em que pese as críticas ao modelo integrador, não se pode ignorar sua eficácia na solução da lide e conseqüentemente na pacificação social, em decorrência da satisfação de todas as pessoas afetadas. Para ilustrar, vejamos o que García-Pablos de Molina (1997, p. 402) dissertou sobre a importância deste modelo e dos institutos aos quais pertencem:

Aqueles que propugnam por esse novo paradigma advertem que ele pertencera ao lado interpessoal do conflito criminal, sua dimensão histórica, real e concreta, em toda a sua complexidade, confiando na capacidade dos indivíduos implicados para resolvê-los à margem da intervenção estatal sempre estigmatizante, formalista e não efetiva do sistema e das suas instâncias oficiais. Mas advertem também que a conciliação, a mediação são fórmulas respeitadas das garantias constitucionais do infrator, compatíveis com as exigências da prevenção geral e livre do distanciamento e puro simbolismo que condicionam a intervenção do sistema legal.

O modelo de justiça integrador, para obter êxito, ainda necessita de aparelhamento e infraestrutura do Estado, pois depende da ajuda de profissionais preparados para mediação criminal. Mas a relevância já vem sendo comprovada em países que se utilizam do mesmo, pois, além de efetivar a participação da vítima na resolução do conflito e na reparação dos danos, é eficiente na busca da sustentabilidade social, com a pacificação da sociedade.

3.1.1 Sustentabilidade e sua importância na sociedade atual

Para perseguir soluções pacíficas visando uma sociedade mais justa e participativa, é necessária a integração da Criminologia, Vitimologia, Direito Penal, Direito Processual Penal, Sociologia e Psicologia, em busca da evolução para uma sociedade sustentável quanto aos seus conflitos penais. Por esta razão, necessário ampliar os meios de resolução de conflitos com a participação das vítimas e também efetivar os meios de prevenção do delito.

Na tentativa de evitar o crime encontram-se medidas de prevenção do delito, pois, se esta for efetiva, mais tranquila será a sociedade. A prevenção é um dos postulados da Criminologia e para sua efetivação é necessário um conjunto de ações visando evitar a prática criminosa. As medidas necessárias podem ocorrer direta ou indiretamente, conforme narra Lima Junior (2015, p. 73):

As medidas indiretas atuam sobre as causas do delito, e cessadas estas, cessam seus efeitos. O delito não é alcançado diretamente, mas sim suas causas das quais ele é o efeito. Estas medidas têm como alvo o indivíduo e o meio em que ele vive. Quanto ao indivíduo deve ser examinada a personalidade, o caráter e temperamento, com vistas a motivar sua conduta. No tocante ao meio social, é necessário seu estudo no maior raio de amplitude possível de modo a conjugar medidas sociais, políticas econômicas, etc., que proporcionem uma melhoria na qualidade de vida das pessoas.

A respeito da importância da prevenção criminal no Estado Democrático de Direito, Penteadó Filho (2010, p. 85) afirma que a prevenção é integrante da “agenda federativa”, passando por todos os setores do Poder Público, não apenas pela segurança pública e pelo

Judiciário, pois, no modo federativo brasileiro, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios devem agir conjuntamente em prol da redução da criminalidade.

Infelizmente, as políticas de prevenção não têm sido muito eficazes, pois a criminalidade é ascendente e como resposta a esta ascensão os legisladores inflam a sociedade com leis penais visando atender ao clamor social, quando em verdade deveriam buscar soluções mais humanas.

Em todos os ramos das ciências a preocupação com a humanidade e seu desenvolvimento de forma sustentável é constante, para Rattner (2012, p. 285):

Cientistas preocupados com o futuro da humanidade desenvolverão esforços para trabalhar com todos os grupos da sociedade para melhor compreender como eles elaboram a construção dos conhecimentos e das suas práticas de convivência. O passo seguinte seria avaliar as respostas do poder público às pressões crescentes por participação democrática e a demanda universal pelos direitos da cidadania.

Os avanços científicos e o progresso da humanidade de forma sustentável ocorrem com a diminuição do desemprego, da miséria, da falta de assistência social, desigualdade, da corrupção, “enquanto a justiça social, garantia de trabalho, educação, saúde, democracia, igualdade de oportunidades, e outros direitos sociais consubstanciam, sem dúvida alguma, elementos recalitrantes da criminalidade”, Lima Junior (2015, p. 74).

Portanto, é necessário buscar o desenvolvimento social de modo sustentável, e para isso é preciso discutir e propor mudanças capazes de minimizar problemas sociais. No caso do presente trabalho a reparação dos danos às vítimas de crimes e a ampliação do consenso com a participação da sociedade recebe destaque.

Os problemas urbanos relacionados com a alta incidência de práticas criminosas e a intolerância social para com os delinquentes e com o Estado parecem demonstrar a existência de um sistema falho e incapaz de pacificar a sociedade e reeducar o infrator.

Conforme disserta Ratter (2012, p. 295) “A cidade ou área metropolitana deve servir ao cidadão como modelo de civilização sustentável – equitativa, harmoniosa e ancorada nos princípios de justiça social e na autonomia individual”. Trazendo estes objetivos para a justiça criminal, a sustentabilidade se faz imprescindível para garantir a harmonia social, com a participação da vítima, da sociedade e do próprio infrator na solução da lide.

A propósito, a discussão acerca de uma sociedade sustentável se apoia na evolução social, no combate à criminalidade, na prevenção, na participação da vítima no processo penal e na reparação do dano em suas diversas formas. Escreve García-Pablos de Molina (1997, p. 99) que:

Reparar o mal do delito não significa necessariamente indenizar a vítima: pois nem os efeitos mais perniciosos do crime são de natureza econômica, nem a compensação pecuniária é a única ou principal modalidade reparatória.

O catálogo de consequências jurídico-penais, em consequência, deve ser ampliado, acrescentando ao seu pouco imaginativo elenco atual – para os casos em que sejam indicadas – prestações pessoais do infrator em favor da vítima (de “sua” vítima, de outras vítimas ou da comunidade em geral). Uma pena privativa de liberdade de curta duração, por exemplo, tem escassa utilidade, exceto em alguns casos específicos, e quase nunca é cumprida. Sem embargo, sua substituição por prestações pessoais do culpado pode expressar melhores resultados de adequação e congruência entre delito e pena e repercutir em benefício de um grande número de pessoas vitimizadas ou da comunidade em geral (trabalhos comunitários, prestações pessoais em favor de entidades benéficas, atividades assistenciais, etc.)

Em que pese a preocupação do Estado com a justiça criminal, a sociedade convive com sensação de impunidade. Desta forma, almejar a sustentabilidade social sob o enfoque do bem-estar humano é buscar alternativas que possibilitem a pacificação social com a inserção e ampliação de medidas alternativas na solução da lide penal.

3.2 Composição no processo penal, justiça restaurativa e mediação criminal

A composição no processo penal trata de meio mais flexível e espontâneo para a solução da lide, tendo surgido com o redescobrimento da vítima, que possibilitou um novo rumo ao problema criminal.

A Constituição Federal de 1988, ao prever a implementação de uma justiça consensual cível e criminal, foi o marco mais importante de justiça consensuada. O art. 98, inciso I, dispõe que:

Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:
I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumariíssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau;

No ano de 1995, com o surgimento da Lei 9099/1995, foi conferida importância à reparação civil dos danos (artigos 72 e 89, parágrafo 1º, inciso I), momento em que a vítima começou a ser valorizada, uma vez que referido instituto é um dos objetivos da Lei.

Os institutos conciliatórios devolvem à vítima um papel ativo e dinâmico na resposta ao delito, já que o procedimento processual penal ordinário atual a trata com indiferença. Com

os meios consensuais, há também a possibilidade efetiva da reparação do dano, não apenas do valor pecuniário, mas também do dano moral.

Conforme ressalta Alfaro (2015, p. 150/151), a materialização em nível processual da reparação ou restituição pode ocorrer de diversas formas. Há quem sugere que a restituição ocorra de forma extrajudicial, indicando elementos a favor da eliminação da vitimização secundária, entretanto há também quem proponha fórmulas que permitam a culminação do processo penal por meio do compromisso entre agressor e vítima.

Ainda a respeito dos meios de composição entre as partes, ressalta Alfaro (2015, p. 151) que:

Embora na doutrina e na legislação se utilizam de diversas denominações: compromisso, composição, conciliação, mediação, transação, entre outras; todas estas expressões são, na realidade, sinônimas uma das outras. Seu propósito é fazer com que as partes envolvidas em um fato de relevância punitiva conciliem – direta ou indiretamente – suas diferenças, evitando os efeitos que a vitimização (e criminalização) secundária produzem na vítima e em seu agressor, recorrendo a um intermediário (um terceiro ou ao Juiz)¹⁵

Hoje, o que mais importa durante a lide processual é a busca de sua efetividade. Isso porque a crise que assola a administração da justiça impede que as partes saiam satisfeitas da demanda, pois, apesar de possuir regras e garantias sólidas, é lenta e ineficaz. Assim, as mais diversas formas de composição são vantajosas, tanto para a administração da justiça, que possivelmente terá sua carga processual diminuída, como para o cidadão, que busca solucionar o conflito, bem como para o infrator, que enfrentará rapidamente as consequências da conduta praticada.

Corroborando com a vantagem da composição até mesmo para o infrator, García-Pablos de Molina (1997, p. 403) ressalta que “o procedimento de conciliação e reparação vem produzindo efeitos muito positivos, que derivam do enfrentamento direto do delinquente com as consequências de sua conduta e da sua confrontação pessoal e imediata com a “sua” vítima.”

Assim, em busca de soluções mais rápidas e eficazes, sem abandonar as garantias com o tempo conquistadas, a doutrina passa a estudar e debater institutos de deformalização e delegalização. Segundo Fernandes (2010, p. 193):

A deformalização apresenta duas fases: a deformalização do processo em si e a deformalização das controvérsias. Com a primeira, pretende-se um

¹⁵Aunque en doctrina y legislación se utilizan diversidad de denominaciones: avenimiento, composición, conciliación, mediación, transacción, entre otras; todas estas expresiones son, en realidad, sinónimas unas de otras. Su propósito es lograr que las partes involucradas en un hecho de relevancia punitiva concilien –directa o indirectamente – sus diferencias, evitando los efectos que la victimización (y criminalización) secundaria producen en la víctima y su agresor, recurriendo a un intermediario (un tercero o el Juez).

processo mais simples, rápido, econômico, de acesso fácil e direto, apto a solucionar com eficiência tipos particulares de conflito de interesses. Com a segunda, buscam-se equivalentes jurisdicionais, como vias alternativas ao processo, capazes de evitá-lo, para solucionar as controvérsias mediante instrumentos institucionalizados de mediação. Expressa-se deformalização do processo e das controvérsias por duas vertentes de superação da crise da justiça: a via jurisdicional e a via dos meios alternativos.

A delegalização representa a possível submissão de certas causas a um juízo de equidade, subtraindo-se a solução legal.

A dinamização do processo é uma necessidade da nossa sociedade, sendo a solução consensuada uma das formas de diminuir o fluxo de ações no judiciário, que apenas seria utilizado em casos mais graves, desburocratizando a solução da lide com a valorização da vítima.

Em relação à Administração da Justiça, os programas conciliatórios agilizam o sistema legal, já que priorizam a relação interpessoal entre as partes, possibilitando uma resposta flexível ao delito praticado e de acordo com cada caso específico.

Vale ressaltar que os modelos conciliatórios têm como prioridade possibilitar que as partes se conciliem, evitando os efeitos da vitimização secundária. Todavia, algumas diferenças existem.

Conforme analisado no capítulo segundo da presente pesquisa, o modelo de justiça consensuada foi regulamentada no Brasil com a instituição do Juizado Especial Criminal, Lei 9099/1995, que trouxe a inserção da possibilidade de composição civil entre as partes, a qual poderá ocorrer em crimes de ação penal privada e nos crimes de ação penal pública condicionada a representação. Mesmo que restrita a tais possibilidades, a conciliação entre vítima e infrator, solucionando questão cível decorrente do delito, rompeu com o processo penal tradicional e deu um passo à valorização da vítima e a novas possibilidades de composição.

Hoje, a Lei 9099/1995 já está sedimentada em nossa sociedade e, apesar das críticas iniciais que sofreu frente às inovações que trazia, é exemplo de agilidade e efetividade em resolução de conflitos, incluindo a vítima nesse processo.

As resistências a soluções consensuais sempre existiram, mas hoje se faz necessária a reflexão acerca de maiores mudanças, com possibilitar a conciliação em uma gama maior de crimes que não apenas os abrangidos pela Lei 9099/1995 e viabilizar os institutos da justiça restaurativa com a utilização da mediação criminal, considerado um bom exemplo na solução do conflito.

Considerando a crise no modelo ressocializador vivenciado nas décadas de 60 e 70 nos Estados Unidos, foi desencadeado na década seguinte o desenvolvimento de ideias de

restituição penal e de reconciliação com a vítima e com a sociedade (movimento reparador), Pallamolla (2009, p. 34).

Trata-se de um novo modelo de administração de conflitos, bem diferente do modelo tradicional. Vale ressaltar que a presente pesquisa não tem o escopo de esgotar o assunto, frente a sua importância e amplitude, mas tecer considerações que ajudem a compreender este modelo de Justiça sob o enfoque da participação da vítima na solução do conflito.

Nos anos 90 a Justiça Restaurativa foi muito estudada e debatida como um caminho a ser seguido para rever a ineficiência do tradicional modelo de justiça, sob a influência de um complexo de ideais. Pallamolla (2009, p. 36) ressalta que:

Tal justiça, portanto, é fruto de uma conjuntura complexa, pois recebeu influência de diversos movimentos: o que contestou as instituições repressivas e mostrou seus efeitos deletérios (como o abolicionismo); o que (re)descobriu a vítima (vitimologia); e o que exaltou a comunidade, destacando suas virtudes

O movimento restaurativo tem relevância no cenário social, tanto nacional como internacional, e objetiva a ampliação de acesso à justiça criminal pautado em diálogos pacificadores e construtores de consenso. Conforme narra Pallamolla (2009, p. 37), mesmo antes dos movimentos abolicionistas e vitimológicos as práticas restaurativas já estavam presentes nas tradições de povos do Oriente e Ocidente, nas quais princípios restaurativos serviam como caracterizados dos procedimentos de justiça comunitária.

Desta forma, nota-se que a justiça comunitária não acontecia apenas de forma violenta e arbitrária, pois já se utilizavam práticas consensuais na resolução do conflito.

A Justiça Restaurativa é de ampla abrangência e conceituação, sendo que hoje muito se discute sobre sua inserção na sociedade. Os diversos estudiosos pesquisados não estabelecem um conceito a respeito do que vem a ser a justiça restaurativa, até porque sua utilização está em constante evolução, neste sentido Pallamolla (2009, p. 54/55):

A justiça restaurativa possui um conceito não só aberto como também, fluído, pois vem sendo modificada, assim como suas práticas, desde os primeiros estudos e experiências restaurativas. Na década de 70 e 80 (no contexto norte-americano) falava-se em mediação entre vítima e ofensor, e reconciliação. Neste momento, a justiça restaurativa estava associada ao movimento de descriminalização. Nos anos 70 encontrava-se em fase experimental e possuía experiências-piloto no sistema penal. Já na década de 80, tais experiências foram institucionalizadas. Na década seguinte (anos 90) a justiça restaurativa se expandiu e foi inserida em todas as etapas do processo penal.

Para Almeida (2015): “O conceito e a filosofia de justiça restaurativa têm embasado programas sociais dedicados a cuidar das vítimas, dos ofensores e das comunidades que os obrigam, e têm orientado para a restauração de suas vidas e de sua interação social.”

Em consonância com o presente estudo, acerca da importância da reparação do dano pelo crime e a valorização da vítima, Sica (2007, p. 10) afirma que “ mais amplamente, qualquer ação que objetive fazer justiça por meio da reparação do dano pelo crime pode ser considerada como ‘prática restaurativa’.

A ideia principal da Justiça Restaurativa está ancorada na resolução dos problemas sociais dos indivíduos envolvidos em conflitos, judiciais ou não, conforme afirma Achutti (2014, p. 63):

Além do debate em torno ao conceito, ainda deve ser salientado que o termo justiça restaurativa acaba por ser empregado em diversas situações, ainda que em campos não judiciais – como, por exemplo, na resolução de conflitos escolares, hospitalares e empresariais e até mesmo conflitos em comunidades online.

Na presente pesquisa a justiça restaurativa será delimitada em relação às instâncias judiciais, visando possibilitar que os indivíduos afetados pela criminalidade possam expressar, de forma real e justa, como estão se sentindo em relação ao fenômeno criminal em que estão envolvidos, bem como permite a discussão da maneira em que poderia ocorrer uma reparação aos danos provocados. Além disso, busca realizar uma abordagem reintegradora ao transgressor, permitindo ao mesmo corrigir seus erros sem ficar estigmatizado por eles. PINTO (2005, p. 20) afirma que:

A Justiça Restaurativa baseia-se num procedimento de consenso, em que a vítima e o infrator, e, quando apropriado, outras pessoas ou membros da comunidade afetados pelo crime, como sujeitos centrais, participam coletiva e ativamente na construção de soluções para a cura das feridas, dos traumas e perdas causados pelo crime.

Portanto, o que se compreende é que, ao contrário do que ocorre no modelo retributivo, a justiça restaurativa permite a valorização da vítima, e, além disso, que a comunidade e o transgressor participem efetivamente da solução do conflito, possibilitando a este último reparar o dano causado pelo crime, assumindo a responsabilidade por suas condutas e buscando se reconciliar com a vítima. Fica longe, assim, do sistema tradicional, onde o que se propõe é unicamente a punição ao infrator pelo Estado, se esquecendo que, muitas vezes, as vítimas precisam de outras respostas a seus interesses, que vão além da punição ao infrator, deixando, assim, de promover a pacificação social na resolução dos conflitos.

Em relação às práticas restaurativas e seus momentos de aplicação, Sica (2007, p. 27) afirma que:

O ponto de partida para o novo é a inversão do objeto. Assim, o objeto da justiça restaurativa (e do saber que se pretende construir ao seu redor) não é o crime em si, considerando como fato bruto, nem a relação social, nem a pessoa do delinquente, que são os focos tradicionais da intervenção penal. A justiça restaurativa enfoca as consequências do crime e as relações sociais afetadas pela conduta.

Assim, pela justiça restaurativa cada caso produzirá justiça de uma maneira, por esta razão afirma Achutti (2014, p.67) que “Com isto, resta impossível estabelecer, de forma antecipada, procedimentos formais a serem observados pelos operadores da justiça restaurativa”.

Em defesa da participação de todos envolvidos na resolução dos conflitos, García-Pablos de Molina(1997, p. 303) disserta que:

O crime não é um tumor nem uma epidemia, senão um doloroso “problema” interpessoal e comunitário. Uma realidade próxima, cotidiana, quase doméstica: um problema “da” comunidade, que nasce “na” comunidade e que deve ser resolvido “pela” comunidade. Um “problema social”, em suma, com tudo que tal caracterização implica em função de seu diagnóstico e tratamento.

A Justiça restaurativa tira o enfoque central do delito, ampliando esforços para integrar vítima, ofensor e comunidade, mais precisamente para a vítima, ponto central do presente estudo. Uma série de vantagens são introduzidas, Almeida (2015) afirma que:

A oportunidade de a vítima expor seus sentimentos e percepção relativos ao dano sofrido, de fazer perguntas que compulsoriamente invadem seu cotidiano e de dizer do impacto que o trauma causou a si e/ou aos seus têm sido aspectos entendidos como relevantes para uma atitude reflexiva e reparadora do ofensor e para a restauração da vítima.

Hoje a justiça restaurativa, apesar das críticas que permeia seus ideais, é uma realidade. O Conselho Nacional de Justiça, em maio de 2015, lançou campanha nacional visando difundir e ampliar a utilização da Justiça Restaurativa em parceria com a Associação dos Magistrados Brasileiros, segundo a noticiado¹⁶ “O projeto tem como principais objetivos a pacificação de conflitos, a difusão de práticas restaurativas e a diminuição da violência”, buscando meios extrajudiciais de solução de conflitos.

O texto de lançamento da campanha traz considerações do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Ricardo Lewandowski, que destaca que a Justiça Restaurativa pode ser

¹⁶A notícia a respeito do lançamento da campanha nacional para ampliar a justiça restaurativa, ocorreu no dia 11 de maio de 2015, e foi veiculada no sitio do Conselho Nacional de Justiça, pode ser acessada pelo link <http://www.cnj.jus.br/jt5j> . Acesso em: 08 de outubro de 2015.

entendida como desdobramento da Resolução do CNJ n. 125/2010, que visa efetivar a incumbência dos órgãos judiciais para oferecer mecanismos de solução de conflito pelas vias consensuais. Lewandowski, apud Fariello (2015) afirmou que:

A importância desse processo reside em ser um caminho que ajude o Judiciário a contribuir de forma mais efetiva para a paz social. A proposta é a adoção da cultura da autocomposição para, no mínimo, estimular o reequilíbrio das relações sociais, em um momento de tentativa de recompor o tecido social esgarçado pelo conflito.

A divulgação e implementação da Justiça Restaurativa não é apenas uma das maneiras de reparar os danos causados às vítimas, mas também a possibilidade de reconhecer corresponsabilização do agressor, aproximando vítima, infrator, suas famílias e a sociedade na solução do conflito.

Em setembro de 2015, o presidente do Conselho Nacional de Justiça, Ministro Ricardo Lewandowski deu um novo passo à implementação da Justiça Restaurativa no Brasil, com a criação de um grupo para estruturar o uso da Justiça Restaurativa¹⁷, que “vai desenvolver estudos e propor medidas para contribuir com o desenvolvimento da Justiça Restaurativa no país, método alternativo de solução de conflito que pode ser utilizado em qualquer etapa do processo criminal”.

O grupo criado é composto por representantes do Conselho Nacional de Justiça e magistrados de diversas regiões, que serão responsáveis pela difusão da prática e da elaboração de minuta para implantação e estruturação de um sistema restaurativo de resoluções de conflitos em tribunais estaduais e federais.

De acordo com informações do Conselho Nacional de Justiça, Fariello (2015), o grupo de trabalho incentivará o uso da Justiça Restaurativa nas audiências de custódia, “programa que prevê a apresentação pessoal à Justiça de autuados presos em flagrante delito após a prisão e também oferece alternativas à prisão provisória”, buscando evitar gastos desnecessários de recursos públicos com a judicialização de atos infracionais que podem ser resolvidos consensualmente.

Os exemplos de aplicação da Justiça Restaurativa pelo Brasil começam a dar os primeiros sinais de efetividade, mas ainda estão em expansão. Fariello (2015) reúne os bons exemplos de aplicação de Justiça Restaurativa pelo Brasil:

Em São Paulo, por exemplo, a Justiça Restaurativa tem sido utilizada em dezenas de escolas públicas e privadas, auxiliando na prevenção e de

¹⁷ Notícia veiculada no dia quatro de setembro de 2015 e veiculada no sítio do Conselho Nacional De Justiça, podendo ser acessada pelo link: <http://www.cnj.jus.br/ds7j>. Acessada em 08 de outubro de 2015

conflitos. No Rio Grande do Sul, juízes aplicam métodos para auxiliar nas medidas socioeducativas cumpridas por adolescentes em conflito com a lei, conseguindo recuperar para a sociedade jovens que estavam cada vez mais entregues no caminho do crime. No Distrito Federal, o programa Justiça Restaurativa é utilizado em crimes de pequeno e médio potencial ofensivo, além dos casos de violência doméstica. Na Bahia e no Maranhão, o método tem solucionado os crimes de pequeno potencial ofensivo, sem a necessidade de prosseguir com processos judiciais.

Durante a pesquisa muito se refletiu e a respeito dos delitos em que poderia ser aplicados a justiça restaurativa, entretanto, a doutrina não faz restrições e limitações pelo tipo de delito, o que se observa são alguns princípios restaurativos, que foram estabelecidos para utilização de programas restaurativos em matéria criminal pela Resolução 2002/12 da Organização das Nações Unidas.

A respeito destes princípios Pallamolla (2009, p.87) afirma que: “Tais princípios visam orientar sua utilização em casos criminais e pretendem delinear aspectos relativos à sua definição, uso, operação e desenvolvimento contínuo dos programas e dos facilitadores, a fim de abordar limitações e finalidades dos processos e resultados restaurativos.”

Como o ponto central do presente trabalho não é a justiça restaurativa, mas sim a possibilidade de utilizar da mesma para valorizar a vítima no processo penal e buscar a reparação do dano, não faz sentido esmiuçar a Resolução da 2002/12, já que não é de observância obrigatória, mas apenas de orientação. Achutti (2014, p. 72) sistematiza a resolução da seguinte forma:

Dividida em cinco seções, a resolução aborda (i) a definição. (ii) o uso e (iii) a operação dos programas de justiça restaurativa, (iv) os facilitadores e (v) o desenvolvimento contínuo dos programas, em um total de vinte e três princípios, referentes às definições e à operacionalidade da justiça restaurativa.

A operacionalização da Justiça Restaurativa basicamente depende da voluntariedade da vítima e do ofensor, e, conforme apresenta Almeida (2015), são três os procedimentos possíveis de serem utilizados: a mediação penal, as conferências familiares e círculos de construção de consenso:

Mediação Penal – A Mediação Penal é todo processo que permite ao ofendido e ao ofensor participar ativamente, se o consentem livremente, da solução das dificuldades resultantes do delito, com a ajuda de um terceiro independente, o mediador.

Conferências familiares - Esse processo é especialmente utilizado quando se deseja dar foco ao suporte que familiares, amigos e outros membros da comunidade podem oferecer ao ofensor, tanto no cumprimento de condutas acordadas com a vítima e com a comunidade, como na mudança de seu comportamento. Representantes do estado podem estar presentes nesse processo de diálogo facilitado por um terceiro imparcial que deverá conduzi-

lo de maneira a balancear o atendimento das necessidades de ambas as partes, ofensor e vítima.

Círculos de Construção de Consenso - Inspirados em comunidades indígenas, esses círculos de conversa e de construção de consenso envolvem um número maior de pessoas – vítimas, ofensores, seus familiares, a comunidade e os operadores do Direito. (grifo nosso)

Observa-se que a operacionalização da Justiça Restaurativa pode ocorrer das mais variadas formas, tanto que o Conselho Nacional de Justiça incentivará sua utilização nas audiências de custódia. Não existe modo previamente definido, o que importa é resolver o conflito, visando tanto a vítima quanto o ofensor, bem como a própria sociedade.

Conforme acima descrito, para que os procedimentos de Justiça Restaurativa sejam efetivos é necessário que vítima e ofensor participem voluntariamente do procedimento, que pode acontecer em qualquer momento e operacionalizado tanto pela mediação penal, conferências familiares e círculos de construção de consenso. Entretanto, a mediação ainda é o meio mais comentado. Este instituto ocorre com a ajuda de um terceiro, o mediador, que auxilia a vítima e o infrator a enfrentarem as dificuldades decorrentes do delito. Nesse sentido, Sica (2014, p. 98) afirma que:

(...) a mediação é uma reação penal (concebida sob o ponto de vista político criminal) alternativa e autônoma à justiça formal punitiva, cujo objeto é o crime em sua dimensão relacional, cujo fundamento é a construção de um novo sistema de regulação social, cujo objetivo é superar o *déficit* comunicativo que resultou ou que foi revelado pelo conflito e, contextualmente produzir uma solução consensual com base na reparação dos danos e na restauração da paz jurídica.

A mediação, portanto, é uma maneira de buscar a solução do conflito pelo consenso entre os envolvidos, valorizando a vítima, substituindo gradativamente a punição pelo acordo. Fernandes (1995, p. 56) ensina que o sistema retributivo acaba por obrigar a vítima a colaborar com a justiça criminal, entretanto referido sistema não analisa que, na realidade, ela, vítima, sujeito de direitos, deve ter meios no processo de defender seus interesses de forma eficaz e concreta, sejam direitos ligados a interesses civis e criminais, sejam ligados à sua tranquilidade, vida privada, intimidade.

Vale ressaltar que enquanto na conciliação o maior objetivo é resolver a reparação do dano pela compensação financeira, na Justiça Restaurativa os objetivos são mais amplos, já que além de valorizar a vítima também se preocupa com a sociedade, que pode colaborar na solução do conflito.

Diversos são os modos de se proceder à mediação. O mediador deve ser neutro em relação as partes e contar com conhecimentos pedagógicos, psicológicos e jurídicos, porém, o

que mais importa é a comunicação entre as partes na tentativa de amigavelmente solucionarem a lide, estimulando o recíproco entendimento, tendo por objetivo que termine a mediação com o acordo realizado entre as partes de modo a contornar as consequências do delito.

Conforme pesquisa realizada e apresentada por Sica (2014, p. 103) a respeito da prática negociada da resolução de conflitos criminais, foi possível concluir que:

- i) práticas negociadas de resolução de crimes não aumentam a reincidência e, em determinados contextos, podem reduzi-la; ii) a participação de vítimas e ofensores na mediação aumentou o grau de satisfação de ambos em relação ao sistema de justiça; iii) vítimas que participaram da mediação têm menos medo de sofrer uma nova ofensa do mesmo autor; iv) comunidades envolvidas com os programas de mediação e justiça restaurativas sentem-se menos inseguras.

Observa-se que a Justiça Restaurativa procura dar assistência à recuperação da vítima, não apenas reparando os danos moral e material decorrentes do delito, mas, principalmente, no auxílio emocional. Ao permitir que todas as partes envolvidas direta e indiretamente participem da solução da lide, procura dirimir o conflito, o que a pena não é capaz de fazer.

Vale ressaltar, que no momento em que as partes aceitam participar de um processo restaurativo elas reconhecem os fatos básicos que envolvem o caso e, caso não se estabeleça princípios restaurativos, o processo volta à justiça comum. No entanto, a presunção de inocência do ofensor não deve ser afetada, pois apesar de reconhecer que algo aconteceu jamais afirmou que tenha responsabilidade penal sobre o ocorrido, Achutti (2014, p. 74).

Diferentemente da composição civil prevista na Lei 9099/1995, ou da possibilidade de adesão civil da vítima ao procedimento criminal prevista no projeto que altera o Código de Processo Penal, que basicamente tem finalidade reparatória de caráter pecuniário, a finalidade e objetivos da Justiça Restaurativa são mais amplos e podem ser aplicados em qualquer conflito, permitindo que as partes envolvidas e a comunidade possam beneficiar-se.

A Justiça Restaurativa é perfeitamente compatível com o ordenamento jurídico brasileiro e tem potencialidade para pacificar a sociedade e prevenir a criminalidade, entretanto, alguns problemas e críticas ainda estão presentes e precisam ser aprimorados. Schünemann (2015, 33) traz em seu texto a seguinte crítica:

- (...) As críticas a mediação ofensor-vítima, apontam o fato de que o Direito Civil obriga o ofensor a compensar a vítima e o cumprimento desta obrigação legal não deve separar a responsabilidade criminal na área do Direito Penal. Por trás deste argumento repousa o imperativo de não comprometer os efeitos da prevenção geral positiva do Direito Penal

permitindo ao ofensor calcular de uma maneira fácil, escapando através de mera compensação financeira.¹⁸

Não se pode aceitar que o ofensor faça previamente uma análise do custo benefício de sua conduta, pois, se for exigido apenas que o dano seja reparado sem mais penalidades, é possível que o ofensor acredite ser vantajoso cometer o delito, considerando que, se e quando for descoberto, bastará reparar o dano. Observa-se outro argumento contrário à mediação trazido por Schünemann (2015, p. 34):

Aparece outro contra-argumento que é difícil refutar: que a mediação ofensor-vítima é antissocial e viola o princípio da igualdade. Uma porção grande daqueles criminosos pertence às classes baixas não está em posição de pagar a compensação econômica e, portanto, não pode mesmo participar seriamente do processo; enquanto que para o criminoso de colarinho branco, a mediação ofensor-vítima cria outra via para permitir o ofensor a escapar da rede de sistema penal.¹⁹

Outros estudiosos também reconhecem problemas na Justiça Restaurativa pela mediação criminal, mas ainda assim concluem por sua validade. Sica (2014, p. 103) afirma: “Contudo, a mediação não pode ser considerada uma panaceia. A ideia de mediação padece de alguns problemas os quais não afastam a sua validade”.

Apesar da dificuldade na definição do que é justiça restaurativa, Achutti (2014, p. 83), reúne as principais características deste modelo de justiça:

As características centrais da justiça restaurativa envolvem os seguintes aspectos: (a) participação da vítima nos debates sobre o caso, incluindo a deliberação sobre a maneira como os danos oriundos dos conflitos serão reparados; (b) o procedimento poderá não resultar em prisão para o ofensor, mesmo que venha a admitir que praticou o delito e eventuais provas corroborem a sua confissão; (c) é possível (e desejável) que as partes cheguem a um acordo como lidar com a situação; e (d) os operadores jurídicos deixaram de ser os protagonistas do processo, abrindo espaço para uma abordagem mais ampla do conflito.

Vale lembrar que a Justiça Restaurativa não deve ser utilizada como substituto do modelo tradicional de justiça, mas como complementação deste, já que seu objetivo não é unicamente a reparação pecuniária decorrente da infração, mas sim a tentativa de resolver a

¹⁸Las críticas a la mediación ofensor-victima apuntan al hecho que el derecho civil ya obliga al ofensor a compensar a la víctima y que el cumplimiento de esta obligación legal independiente no debe limitar la responsabilidad criminal en el área del Derecho penal. Detrás de este argumento descansa el imperativo de no debilitar los efectos de prevención general positiva Del Derecho penal permitiendo al ofensor calcular de una manera fácil, evadiendo a través de la mera compensación financiera.

¹⁹ Allí aparece otro contraargumento que es difícil de refutar: que la mediación ofensor-victima es antissocial y viola el principio de igualdad. Una porción grande de esos delincuentes pertenecientes a las clases bajas no está en posición de pagar la compensación económica y, por lo tanto, no puede incluso participar seriamente en el proceso; mientras para el opulento criminal de cuello blanco, la mediación ofensor-victima crea otra avenida para permitir al ofensor escapar de la red del sistema de justicia penal.

maior quantidade de questões atinentes ao delito utilizando-se do diálogo, da participação da vítima, do ofensor, da família e da comunidade. Qualquer delito pode usar os benefícios da Justiça Restaurativa, desde que se verifique a capacidade reflexiva e de restauração dos envolvidos.

Corroborando com os aspectos até então desenvolvidos, sobre o novo modelo paradigma de justiça, a restaurativa, Achutti (2014, p. 83) ressalta: “trata-se, como se percebe, de um novo modelo de justiça criminal, desvinculado do excessivo formalismo e que procura meios de solucionar a situação problema, e não simplesmente atribuir a culpa a um sujeito”.

Vale lembrar que a implantação bem-sucedida deste modelo de justiça depende não apenas da observação de princípios e valores, requer também uma nova forma de compreender os fenômenos conflituais da sociedade contemporânea, Achutti (2014, p. 87).

Qualquer que seja as alterações que envolvam o sistema penal, sempre será alvo de críticas e questionamentos, até porque as possíveis alterações jamais podem esquecer ou diminuir o direito das pessoas, conquistados de forma árdua no decorrer do tempo, nesse mesmo sentido Achutti (2014, p.136) afirma que:

Ciente da força dos obstáculos internos à uma reforma significativa da Lei penal, importa referir que a justiça restaurativa, antes de se voltar contra os direitos e garantias fundamentais, está efetivamente preocupada com a sua efetivação. Entretanto, qualquer proposta que apresente uma nova forma de resolução de conflitos será sempre objeto de severos questionamentos, sobretudo quando houver inclusão de mecanismos que alterem a estrutura padrão do processo penal.

A ampliação das formas de consenso e da justiça restaurativa não são capazes de resolver todos os problemas criminais que permeiam a sociedade, assim como a justiça retributiva também não é. Em que pese as críticas existentes sobre a Justiça Restaurativa, seus objetivos e finalidades são importantes na tentativa de diminuir os processos judiciais, valorizar a vítima e pacificar a sociedade, tanto de forma preventiva quanto reparatória.

3.3 Justiça Criminal e participação da vítima

Vale relembrar que durante a evolução da humanidade a vítima percorreu três diferentes fases. A primeira delas a da vingança ou justiça privada, depois o período do esquecimento, momento em que sua conduta foi neutralizada e, por fim, a fase do redescobrimento, momento que ainda se encontra presente.

Hoje o Estado é o detentor do direito subjetivo de punir aquele que pratica infração penal, eliminando a esfera privada na solução do conflito. Ocorre que o atual modelo de

gestão criminal não se mostra eficiente, nem na aplicação da pena, frente a demora e ao excesso de demanda, nem em relação à vítima, que se sente desamparada por não participar da solução do conflito, e nem mesmo perante a sociedade, que desacredita na Justiça Criminal.

Pelas razões expostas, no decorrer do presente estudo é possível verificar que ampliar as maneiras da vítima participar do processo é buscar a sustentabilidade social, com a pacificação dos envolvidos e da própria sociedade, pois esta suplica por diferentes métodos que não apenas a aplicação da pena.

A participação da vítima deve ser considerada sob o enfoque do Estado Democrático de Direito e não com a visão de vingança. Inovações legislativas, implantações de políticas públicas de caráter assistencial e de prevenção, a exemplo a implantação da Justiça Restaurativa, são medidas necessárias a garantir o respeito à dignidade e cidadania das vítimas de crimes.

Importante ressaltar que a realização da justiça com a maior participação da vítima não significa uma redução de direitos do acusado, mas sim um maior reconhecimento à vítima, que teve seus direitos fundamentais afetados. Nesse sentido Pallamolla (2009, p. 47):

O direito penal esqueceu da vítima ao tratar apenas da ‘proteção de bens jurídicos’ desde o viés do castigo àquele que cometeu um delito, e negligenciou o dano causado à vítima e a necessidade de reparação. Além do direito penal, também o processo penal esqueceu da vítima ao deixá-la à margem do processo e sem proteger seus direitos. Até mesmo a criminologia esqueceu dela, pois tratou apenas do delincente, num primeiro momento, para depois passar a entender o delito como um fenômeno relacional sem, entretanto, analisar a vítima da relação, restringindo-se, apenas, à análise dos processos de criminalização.

A atenção que anteriormente era remetida ao criminoso, tanto na criminologia quanto na ciência penal, segundo Alfaro (2015, p. 106/107), mostra alguns paradoxos que importa destacar. O primeiro deles é a importância prática que tem a vítima dentro do delito e seu esquecimento; o segundo paradoxo é a identificação da sociedade com a vítima e sua desatenção, pois ela geralmente se identifica com as vítimas dos delitos e não com os delinquentes, entretanto essa identificação da sociedade com a vítima não coincide com o trato que estas últimas recebem da primeira, que manifesta o desinteresse em reduzir os efeitos da vitimização (primária e secundária) gerado na vítima e uma tendência ao retorno endêmico a sua condição de afetada.

No Estado Democrático de Direito a efetivação da justiça deve considerar a vítima, o transgressor e a comunidade. Por essa razão, possibilitar que a vítima participe ativamente do processo criminal, pleiteando indenização pelos danos causados, bem como pela possibilidade

de diálogo e consenso com o infrator, com a implantação da Justiça Restaurativa, são caminhos que melhor se adequam ao Estado Democrático de Direito e seus fundamentos. A respeito da necessidade de diversificar a justiça punitiva, observa Sica (2014, p. 99)

A justiça punitiva formatou-se em torno de uma concepção homogênea e unívoca das relações sociais, impondo um modelo decisório vertical, autoritário, intolerante e não participativo de resolução dos conflitos. A Sociedade pós-moderna clama por diversidade, pluralismo e ampliação dos espaços democráticos. Pluralismo que não é correspondido por meio das lógicas binárias simplistas da justiça penal: culpado/inocente, crime/pena, etc.

O modelo de justiça criminal que hoje é adotado está em crise de legitimação, pois não atende, conforme acima ressaltado, os interesses dos envolvidos e nem da sociedade, uma vez que está limitado à resposta estatal ao caso concreto, relegando a reparação do dano a segundo plano e o consenso a situações restritas, como a composição civil da Lei 9099/1995.

Sobre a necessidade de ampliar as formas de participação da vítima no processo penal, Scarance Fernandes (1997, p. 118) afirma que:

Algumas soluções vêm sendo apontadas, já surgem em outros textos ou decorrem de legislações estrangeiras. Podem depender de adaptações do sistema, importar em reforma constitucional ou em alterações de lei ordinária, mas devem ser pensadas, buscadas, para que se de a participação da vítima no processo criminal maior rigor.

Para que ocorra a efetivação da participação da vítima na Justiça Criminal necessário se faz um novo modelo de justiça, porquanto o retrógrado e isolado sistema retributivo não é capaz de atender aos anseios sociais. É necessário compreender que o crime é uma ofensa não somente ao Estado, assim, importa agilizar os meios de reparação do dano e também trazer a vítima e a comunidade na solução do conflito.

3.3.1 Valorização da vítima no direito comparado e sua influência no Brasil

Os movimentos vitimológicos ainda não são bem definidos quanto aos direitos e garantias que devem ser atribuídas às vítimas. Nesse sentido Pallamolla (2009, p. 49):

O movimento de vítimas não possuía (e ainda não possui) uniformidade em relação ao papel do sistema de justiça criminal na preservação dos direitos das vítimas. Enquanto alguns grupos consideravam-no instrumento prejudicial e dispensável na busca da realização das reivindicações do movimento de vítimas, outros não hesitavam em vê-lo como aliado fundamental.

Dependendo do país em que se analisa o movimento das vítimas e sua valorização, diferentes paradigmas e políticas são encontrados. É possível perceber o apoio e assistência às vítimas com garantias de direitos e com a reparação do dano pelo ofensor ou pelo Estado.

Durante a realização da pesquisa, foi possível observar que a proteção da vítima no direito comparado prioriza a reparação, admitindo esta imposição tanto ao autor como ao Estado, com fundos específicos para tal finalidade.

A preocupação com o amparo às vítimas de crimes é antigo, Calhau (2002, p. 50) traçou um histórico desta proteção, afirmando que países como a Áustria, Alemanha, Inglaterra, Holanda e Estados Unidos (Califórnia) já possuíam textos legislativos específicos de amparo às vítimas, na Itália a preocupação vem desde o Código Leopoldino (1786), depois com o Código Penal para Duas Sicílias (1819), e, nos últimos tempos em função da Lei 13 de 1958, por sua vez, em 1964 a Nova Zelândia instituiu o primeiro programa de compensação às vítimas.

Ainda segundo Calhau (2002, p. 50), o artigo 129 do Código Penal Português dispõe que a indenização de perdas e danos emergentes de crimes é regulada pela lei civil. Portanto, existe previsão no país de que a legislação especial assegurará, através da criação de um seguro especial, a indenização do lesado que não possa ser satisfeito pelo delinquente. Além disso, enquanto a aplicação deste dispositivo não for efetiva, o Tribunal poderá atribuir ao lesado, a requerimento deste e até o limite do dano causado, os objetos declarados perdidos ou o produto de sua venda, bem como o preço ou o valor correspondente a vantagens provenientes do crime pagos ao Estado ou transferidos a seu favor por força de lei.

Nos Estados Unidos diversos Estados da Federação possuem um programa de compensação às vítimas de crimes. Em 1984 foi instituído um fundo para as vítimas de crimes no Departamento do Tesouro dos Estados Unidos, além da criação da agência OVC (*Office for Victims of Crime*). Calhau (2002, p. 52) traz nota explicativa sobre a responsabilidade desta agência:

A maior responsabilidade da agência OVC é administrar o fundo para as Vítimas de Crimes, no qual não são derivados verbas de impostos americanos, mas recursos vindos de multas e penalidades pagas por pessoas que desrespeitam leis federais. Cerca de 90% das receitas coletadas por ano (363 milhões em 1997) são distribuídas para os Estados com intuito de ajudar o custeio de seus fundos de assistência e programas de compensação às vítimas criminais. Desde 1988, a OVC já distribuiu mais de dois bilhões de dólares aos Estados que mantêm serviços de assistência e compensação às vítimas criminais.

Os amparos previstos na legislação americana não se limitam à reparação financeira do crime, incluindo também intervenções nas situações de crises, consultas, abrigo de emergência, advocacia na Justiça Criminal, transporte de emergência, além de existirem organizações que proporcionam esses auxílios às vítimas.

Demais países, a exemplo Argentina, Espanha e Portugal, também possuem centro de apoio às vítimas de crimes. Isso demonstra uma conscientização global a favor delas.

Ainda a respeito da valorização da vítima na legislação estrangeira, vale observar as considerações de García-Pablos de Molina (1997, p. 85) a respeito da necessidade de formular e experimentar programas de assistência, reparação, compensação e tratamento para as vítimas. Estes programas apareceram no final da década de 60, abrangendo Nova Zelândia, Reino Unido, Estados Unidos, além de outros países, sendo aplicados “conforme a classe de vítima de que se trate, conforme os serviços que lhes são dispensados, os fins perseguidos, a instituição que os financiam, o grau de autonomia de que desfrutam ao sistema legal, etc.”. Quatro desses programas e suas finalidades são destacados na obra do citado autor, conforme brevemente exposto:

O primeiro programa é o de assistência imediata, que oferece apoio frente às necessidades materiais, físicas e psicológicas para aquele grupo de pessoas que frequentemente não comunicam o delito às autoridades, citando como exemplo anciãos e mulheres.

O segundo programa sistematizado por García-Pablos de Molina (1997, p. 85) é o de reparação ou restituição de responsabilidade do próprio infrator, *restitution* que viabiliza “a reparação do dano ou dos prejuízos sofridos pela vítima mediante o pagamento de uma quantidade de dinheiro ou da realização de uma determinada atividade ou da prestação de certos serviços pelo infrator em benefício da vítima”. Portanto, este programa visa desenvolver uma relação entre o infrator e a vítima.

Com este programa de restituição é possível permitir que o infrator se conscientize dos danos ocasionados pelo delito, tendo uma perspectiva da ressocialização. Esse programa pode ser um novo paradigma de justiça que poderá vir a substituir o modelo retributivo. O próprio García-Pablos de Molina reconhece as limitações deste programa, primeiro porque privatiza a infração penal, segundo porque alguns crimes tornam difícil a relação de confiança entre infrator e vítima, e, por último, porque a capacidade econômica do infrator frustra aquelas modalidades de restituição que consiste no pagamento de quantia para a vítima.

O terceiro programa é o de compensação à vítima, que consiste no caráter público dos fundos que financiam e no caráter monetário das prestações. O fundamento para este

programa encontra-se na solidariedade social para com a vítima e na necessidade de que o Estado assuma alguns custos que têm sua origem em seu fracasso na prevenção do delito. Entretanto, para efetivar este programa é necessário o preenchimento de alguns requisitos: inocência da vítima, sua cooperação com o sistema legal, solicitação expressa de ajuda e ausência de indenização pelo ofensor. Este programa também possui obstáculos a serem superados, a exemplo o perigo de manipulação política, que por demasia não priorizam as reais necessidades das vítimas e, assim, impossibilitam seu cumprimento. Além disso, o pouco conhecimento de tais programas e a dificuldade encontrada pelas vítimas em conseguí-los também constituem obstáculos ao êxito.

O quarto programa sistematizado por García-Pablos de Molina (1997, p. 90) diz respeito à assistência à vítima declarante, ou seja, a vítima testemunha, no qual são feitos aconselhamentos, facilitando sua participação no processo, bem como a nomeação de advogado.

No Brasil, em que pese existirem institutos e previsões legais que protegem as vítimas, ainda estamos longe de ter a conscientização da importância destes como medida de política criminal de prevenção e reparação dos danos. Buscar inspiração no direito comparado e nos seus bons resultados é uma das formas de proteger as vítimas, pois deixá-las ao desamparo é um erro grave, aumentando o descrédito da Justiça Criminal.

A respeito da importância de amparo e da necessidade de inserir programas preventivos, Calhau (2002, p. 55) afirma que:

A coletividade não pode deixar desamparada aquela pessoa que, muitas vezes, foi vítima da ação omissiva do Estado que não manteve um policiamento adequado quando o cidadão mais precisava. A segurança pública demanda investimentos sérios e maiores que essa quantidade ínfima que é aplicada atualmente. Com certeza, as mudanças que vem sendo buscadas com o modelo de segurança pública, a adoção das medidas definidas no Plano Nacional de Segurança Pública, investimentos maciços na prevenção dos crimes, criação de mais núcleos de assistência às vítimas, vão refletir em benefícios para os vitimizados.

Diversas são as formas de apoio às vítimas de crimes, seja ele psicológico, proteção em abrigos, direito a advogado, a reparação dos danos e ampliação das formas de consenso. Observando os relatos quanto a proteção às vítimas no direito comparado, é possível notar que a legislação brasileira e o modelo de Justiça retributiva estão aquém do que se espera para um Estado Democrático de Direito que tem como fundamentos da República a cidadania e a dignidade da pessoa humana. A implementação de programas efetivos que valorizem as vítimas e a possibilidade do Estado arcar com a reparação do dano, caso o ofensor não faça,

são necessidades que devem ser refletidas e implantadas, pois as experiências reparatorias e compensatórias são caminhos para uma sociedade mais pacífica, justa e solidária.

3.3.2 Argumentos e contra-argumentos dos institutos que valorizam a vítima e a reparação dos danos

A oposição em relação a participação da vítima e da privatização do conflito são feitas pelos retribucionistas e por parcela da doutrina, que entendem que direito civil e direito penal são totalmente diferentes e não se confundem.

Conforme narrado no primeiro capítulo da presente pesquisa, após as atrocidades da Segunda Guerra Mundial e com o início dos movimentos humanitários o princípio da dignidade da pessoa humana passou a ser o centro das discussões, e, por consequência, uma série de direitos e garantias foram surgindo, inclusive aqueles relacionados às vítimas de crimes. Assim, nasce a ciência da vitimologia.

Durante todo o estudo também foi ressaltado que a participação da vítima tem cada vez mais recebido atenção e importância por parte do Estado, seja nos institutos penais como nos processuais. A doutrina moderna chama este destaque à vítima de privatização do Direito Penal. Greco (2011, p 11), a respeito do assunto, destaca que:

Muitos institutos penais e processuais penais foram criados mais sob o enfoque dos interesses precípuos da vítima do que, propriamente, do agente que praticou a infração penal. Sua vontade é levada em consideração, por exemplo, nas ações de iniciativa privada, ou mesmo nas ações de iniciativa pública condicionada à representação; no arrependimento posterior, previsto no art. 16 do Código Penal, tem-se em mira a reparação dos prejuízos por ela experimentados: a própria Lei que criou os Juizados Especiais Criminais (9.099/95), em seu art. 62, depois de esclarecer que o processo deverá ser orientado pelos critérios da oralidade, da informalidade, da economia processual e da celeridade, afirma que os seus objetivos serão, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade etc.

Assim, institutos penais e processuais penais foram se sucedendo sob o enfoque da vítima, considerando a vontade desta. É o caso, como retro citado, da ação de iniciativa privada e das ações públicas condicionadas a representação, do instituto do arrependimento posterior, que valoriza a reparação dos prejuízos à vítima, das inovações trazidas pela Lei dos Juizados Especiais Criminais, que já foram comentadas neste estudo e que têm enfoque na reparação dos danos.

Importante destacar que o instituto da reparação do dano, seja quando discutido extrajudicialmente entre vítima e autor, ou quando pleiteado no processo penal, continuam tendo natureza civil. Por esta razão, para os críticos seria impossível buscar a reparação do dano em âmbito criminal.

Conforme analisado no título “Elementos diferenciadores da responsabilidade penal e civil”, existem teorias que procuraram explicar as finalidades das penas, como por exemplo a teoria absoluta ou da retribuição, que tem como finalidade punir o infrator pelo mal causado às vítimas; teoria relativa ou da prevenção, cujo objetivo é intimidar evitando que novos delitos sejam cometidos e a teoria mista ou conciliatória, que junta a finalidade das duas anteriores. A pena tem tanto a finalidade de punir como também de prevenir.

Além das finalidades das penas, existem fundamentos para a aplicação da pena ao condenado, Estefam e Gonçalves (2012, p. 367) elenca os fundamentos preventivo, retributivo, reparatório e de readaptação.

O fundamento preventivo e retributivo muito se assemelham às teorias das penas, por esta razão, não serão abordados neste tópico, tendo em vista que foram tratados no título “Elementos diferenciadores entre a reparação penal e a reparação civil”, já o fundamento da pena reparatório, conforme narra Estefam e Gonçalves (2012, p. 367), visa compensar a vítima ou seus parentes:

Consiste em compensar a vítima ou seus parentes pelas consequências advindas da prática do ilícito penal. A obrigação de reparar o dano, efeito secundário da sentença condenatória (art. 91, I, do CP), é um dos aspectos desse item. Igualmente a Lei 9714/98, ao criar a prestação pecuniária em favor da vítima, como uma das novas penas restritivas de direitos deixou clara a natureza reparatória desta espécie de sanção.

Entre os fundamentos também se discute o da readaptação, que busca na pena a reeducação, por consequência a reabilitação do criminoso ao convívio social, para isso necessário o fornecimento de oportunidades, apenas alguns poucos estabelecimentos penais conseguem atingir este objetivo, afirma Estefam e Gonçalves (2012, p. 367).

Apesar de debatido e elencado pela doutrina os fundamentos da pena, nem sempre seus objetivos são atingidos na prática, assim, o aperfeiçoamento da legislação é um dos caminhos para buscar a pacificação entre as partes pela reparação.

A reparação do dano é tratada pela doutrina de forma divergente, com consequências jurídicas autônomas. Amaral (2015, p. 140) concentra os posicionamentos da seguinte maneira:

Para aqueles que vêm na reparação uma consequência jurídico-penal destacada, duas posições são assinaladas. Uma vê na reparação uma “terceira via”, isto é, a reparação civil e penal diferenciam-se epistemológica e funcionalmente, até o ponto de a reparação consubstanciar-se em autêntica resposta ao delito, podendo, mesmo, ser a única resposta. Uma outra posição vê na reparação do dano verdadeira pena. Há ainda uma terceira posição, que se inclina no sentido da chamada *restorative justice*, em que a conciliação vítima-delinquente é um substituto dentro do sistema punitivo.

Para aqueles que defendem de forma mais radical a reparação do dano como “terceira via”, se o infrator conseguisse reparar completamente as consequências do delito antes do início da instrução processual penal não haveria necessidade de aplicação da pena. Para esta corrente a reparação não é apenas uma compensação pelo dano civil, mas uma compensação das consequências do fato criminoso, servindo ao restabelecimento da paz civil, ou seja, satisfazendo tanto os fins do direito penal quanto os fins do direito civil.

Diferente da primeira posição, qual seja, a reparação como “terceira via”, e distanciando-se da ideia de privatização do direito penal, há na doutrina quem afirme ser a reparação uma pena, pois quando o juiz condena a reparação do dano já seria a própria pena.

Existe, também, posicionamento doutrinário no sentido de ser a reparação do dano uma compensação entre autor-vítima, colocando eles em via de mediação, buscando encontrar uma prestação justa e possível em decorrência da prática do delito. Em tal situação, o processo penal seria suspenso, ou, na impossibilidade de suspensão, a pena seria atenuada, podendo ocorrer inclusive a impossibilidade da instauração do processo penal, Amaral (2015, p. 144).

A sociedade clama por soluções viáveis para amenizar seus problemas e possibilitar que delitos de menor gravidade possam ser resolvidos pelo consenso entre as partes é medida acertada. Nesse sentido Amaral (2005, p. 145) “Desde que seja desejável uma nova direção do direito penal e do processo penal em uma sociedade moderna, a conciliação vítima-ofensor é uma ideia de futuro, “uma proposta de lege ferenda”.

Privatizar o direito penal não significa, portanto, isentar o Estado de suas responsabilidades, mas possibilitar que a vítima participe mais ativamente da solução da lide.

Também é encontrada na doutrina posições que afirmam que a reparação do dano não é efetiva tendo em vista muitas vezes o infrator não ter condições financeiras de fazê-lo. Neste sentido, Mansoldo (2012, p. 7) afirma que: “O grande problema é que no Brasil a maioria dos infratores são pessoas pobres e incapazes de reparar o dano. Diante disso, todo e qualquer avanço no campo da reparação do dano esbarra na impossibilidade material dos réus.”

Ocorre que, infelizmente, o aspecto patrimonial ainda se sobressai, privilegiando aqueles que têm condições financeiras de responder as expectativas de ressarcimento das vítimas. Corroborando com esta afirmação, basta observar o artigo 65, inciso III, alínea “b”, do Código Penal, que prevê a atenuação da pena se o agente procurou por sua espontânea vontade e com eficiência reparar o dano, sendo referido instituto chamado de reparação premial. Mansoldo (2012, p. 7) disserta que: “ Salienta-se, também, que no Código Penal brasileiro há a reparação premial, como ocorre no artigo 65, inciso III, alínea b, que com a reparação sendo efetivada não ocorre à substituição à pretensão punitiva do Estado, mas sim, a atenuação da pena.”

Desta forma, muito se questiona sobre o caráter desigual da reparação do dano. Entretanto, deve-se considerar que reparar o dano não implica necessariamente na realização de um ato de ressarcimento patrimonial, já que pode conter também um simbolismo, hipótese em que autor e infrator se pacificam.

Além disso, a reparação dos danos às vítimas não precisa ocorrer apenas pelo autor. O Estado também pode ser chamado a reparar o dano, sendo que as formas de efetivá-las é uma preocupação global e que vem sendo discutida em diversos encontros e Congressos, conforme disserta Fernandes (1997, p. 159):

No Século XIX, segunda metade, em vários congressos internacionais sobre ciências penais, é enfatizada a necessidade de ser o processo criminal utilizado para a reparação do dano causado pelo crime; assim, o de Estocolmo, 1878, sobre prisões; o Congresso Penitenciário de Roma, 1885; no mesmo ano, ainda em Roma, o Congresso de Antropologia Criminal; o Congresso de Direito Penal de Bruxelas de 1889 e o Congresso Jurídico de Florença, em 1891, o da Associação Penal Internacional em Cristiania, 1891; o Congresso Penitenciário de Paris, 1895.

No Brasil dois importantes Congressos também discutiram a questão da reparação dos danos. São eles: o I Congresso Brasileiro de Criminologia, realizado em 1973, e o I Congresso Brasileiro de Vitimologia, em 1984, tendo ambos sido realizados na cidade de Londrina/PR.

Mais uma vez, é importante frisar que o presente estudo não tem o escopo de defender ou demonstrar que substituir a pena privativa de liberdade pela reparação do dano seja medida adequada. Ao contrário, procura comprovar que valorizar a vítima e acrescentar a reparação do dano como pena e possibilitar a complementação do modelo tradicional de justiça com a Justiça Restaurativa são as formas mais adequadas para nossa sociedade.

Os argumentos contrários à justiça consensual são aqueles no sentido de que a o Direito Penal e Processual Penal são ramos do direito público e não de direito privado, como

o Direito Civil. Além do que a pena, em resposta ao delito, é proporcional e evita a represália desproporcional, sendo que o próprio Direito Penal surgiu para substituir a vingança privada.

Entretanto, nem toda a doutrina concorda que a separação entre o Direito Civil e o Direito Penal seja absoluta e necessária. Além disso, como a neutralização da vítima fez parte da evolução social, quando o Estado tomou para si a persecução penal, uma das maneiras de se revalorizar a vítima é ampliar a possibilidade desta participar do processo e utilizar da Justiça Restaurativa para a solução do conflito, já que desta forma não se impõe solução nem pelo Estado e nem pela vítima. Nesse sentido Pallamolla (2009, p. 171):

Por outro lado, os defensores do modelo de justiça restaurativa não entendem o processo histórico que acarretou a separação entre direito penal e civil como evolução, mas como o momento em que o Estado absolutista tomou para si a tarefa de castigar, a fim de fortalecer seu poder. Para tanto, foi necessário excluir a vítima e a reparação como objetivo do processo penal e colocar em seu lugar o castigo, que agora possuía nova legitimação. O delito, para os defensores da justiça restaurativa, é, antes de tudo, um conflito que diz respeito basicamente a interesses privados e se diferencia dos demais somente pela forma de reação. A vítima é vista como autônoma e aceita a intervenção de terceiros (profissionais e Estado), desde que estes não tenham mais poder do que as partes (leigas) ou interfiram de forma a impor a resolução do conflito. O papel do Estado, portanto, é estabelecer o processo para que as partes resolvam seu conflito

Com base nesta diferença de entendimento e observando a boa experiência dos institutos consensuais inseridos em nossa legislação pela Lei 9099/1995, bem como do bom exemplo que a justiça restaurativa vem paulatinamente demonstrando na solução da lide, as críticas em relação aos institutos que valorizam a vítima e possibilitam de forma mais eficiente a reparação dos danos não merecem prosperar.

3.4 A questão da sustentabilidade do direito processual penal com a participação da vítima e a reparação do dano

Após a nova ordem Constitucional de 1988, a despeito de pequenas reformas pontuais ocorridas, pouco foi feito para modernizar o diploma processual penal brasileiro. Por esta razão, importa discutir as questões atinentes à modernização da sistemática existente e a ampliação da participação da vítima no Estado Democrático de Direitos, que para Bobbio (1992, p. 1):

Direitos do homem, democracia e paz são três momentos necessários do mesmo movimento histórico: sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia não existem condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos. Em outras palavras, a

democracia é a sociedade dos cidadãos, e os súditos se tornam cidadãos quando lhes são reconhecidos alguns direitos fundamentais.

Superadas as críticas sobre a privatização do Direito Penal e do retrocesso ao período da vingança privada, ao permitir a participação da vítima na solução da lide, vale demonstrar que o pleito reparatório da vítima no processo penal, bem como a possibilidade de abertura de espaço para o diálogo, são medidas que se adequam à sustentabilidade social da sociedade contemporânea.

O desenvolvimento social vem gradativamente voltando-se ao estudo e preocupação com as vítimas, até porque a própria sociedade se identifica com elas. Sendo assim, a melhor orientação é que a reparação e compensação das vítimas ocorram como forma de satisfazer a própria sociedade.

Frente à diversidade de condutas que o direito penal abarca e considerando a impossibilidade de traçar uma característica comum entre todas elas, ampliar a possibilidade de participação da vítima depende de um mínimo de esforço por parte do Estado e de imposição de limites à sua implementação, para que os direitos subjetivos do infrator, que foram conquistados com a evolução da humanidade, não sejam lesados. Nesse sentido, Macedo (2013, p. 97) defende que:

A punição do infrator e a reparação dos danos, para a vítima, estão relacionados tanto com a cidadania quanto com a proteção da dignidade humana. O Estado aplica a pena ao sujeito ativo da prática da infração e o condena a reparar os danos proporcionados à vítima em decorrência da infração.

Hoje, para que a vítima consiga o devido ressarcimento pelos danos sofridos, existe uma série de obstáculos a serem percorridos, além do enorme lapso temporal, seja na esfera cível ou criminal. Por esta razão, necessário apoiar e refletir acerca de iniciativas que de alguma forma procuram diminuir esse caminho, sem, contudo, prejudicar o curso e os objetivos do processo penal, bem como manter as garantias do ofendido adquiridas ao longo do tempo.

Vale relembrar a discussão do capítulo segundo acerca do projeto de Lei 8045/2010 que tramita na Câmara dos Deputados e visa reformar o Código de Processo Penal, estabelecendo uma série de direitos à vítima e possibilitando à mesma, no prazo de 10 dias, pedir a recomposição civil do dano moral causado pela infração.

A limitação da vítima em pleitear apenas o dano moral está em discrepância com as atuais necessidades e tendências internacionais, já que o texto de reforma faz a ressalva de

que o processo penal não pode ser prejudicado pelo pleito indenizatório. Entretanto, deveria se possibilitar que a vítima pleiteasse também indenização pelo dano material.

Considerando que ainda se trata de um projeto de lei em trâmite no Congresso Nacional, é possível que ocorram modificações até a promulgação. A doutrina pouco discute ou tece considerações sobre o texto de reforma, mas incluir a possibilidade de pleito pelo dano material é a medida mais acertada frente as atuais necessidades reparatórias.

Além da hipótese da reparação do dano de forma voluntária e consensual, também se discute outros meios do infrator reparar o dano, conforme narra Fernandes (1997, p. 160):

Por influência da Escola Positiva, surgem outras propostas tendentes a fazer com que seja o dano reparado pelo réu. Sugere-se que o trabalho do preso fosse destinado a compensar os prejuízos sofridos pela vítima. Fala-se na criação de sistemas coletivos para a indenização das vítimas de crimes. Entende-se que a ordem jurídica só será inteiramente restaurada se, no processo criminal, além de ser punido, o réu também seja condenado à reparação do dano; decorre daí que o juiz deveria, de ofício, decidir sobre a reparação, ou incumbiria ao Ministério Público pleiteá-lo. Propõe-se que certos benefícios do condenado sejam condicionados à reparação do dano: concessão de “sursis”, deferimento do livramento condicional, reabilitação.

Além disso, deve ser lembrado que em diversos países existem fundos de reparação dos danos por parte dos Estados, conforme tratado no Capítulo II da presente pesquisa. Para se ter um processo penal efetivo e sustentável quanto à reparação do dano, é imprescindível diversificar as maneiras como os danos podem ser reparados, não vinculando apenas o consenso entre vítima e infrator.

Vale lembrar, também, que a via judicial não é a única forma de solução de conflitos. Outras áreas das ciências também podem ser utilizadas, nesse sentido Aguiar (2009, p. 13) disserta que:

É chegada a hora de a ciência jurídica sensibilizar-se para a necessidade de criar canais de conversação com os saberes de outras áreas do conhecimento, para que se tenha um melhor dimensionamento da complexidade das relações humanas a serem trabalhadas pelo Poder Judiciário. A mecanicidade do sistema processual impede a aproximação das pessoas com a falta de conversa (do “versar” com), causa a rigidez e a desumanização no trato das situações da vida.

A participação da vítima na solução da lide com a utilização da Justiça Restaurativa visa resolver de modo diverso que a via judicial, não necessariamente excluindo o procedimento judicial, mas, a depender do caso concreto, alternando-se ou somando-se a este. Em consonância, Pallamolla (2009, p 153) afirma que:

Como se viu, o modelo restaurativo possui forma diferente de lidar com o delito do que o sistema de justiça criminal, pois seus

processos e finalidades são voltados para o diálogo das partes (que pode envolver até mesmo a comunidade atingida pelo delito), a reparação da vítima e uma possível (re)integração do ofensor. Todavia, tais meios e finalidades, por mais que visem à responsabilização do ofensor através do reconhecimento de que este causou dano à vítima, ao invés de simplesmente atribuir punição pela constatação de sua culpa, não deixam de representar, em certa medida, algum tipo de gravame para o ofensor. Isto quer dizer que este não pode simplesmente optar por não responder pelo delito cometido; ele apenas pode escolher, conforme o caso, se prefere participar de um processo restaurativo ou passar pelo devido processo legal, que poderá atribuir-lhe uma pena (proporcional à gravidade do delito cometido e correspondente a sua culpabilidade).

Salienta-se que o presente artigo não tem o escopo de esgotar aspectos e pressupostos da reparação dos danos às vítimas de crimes, do consenso e da Justiça Restaurativa, mas vale destacar que seus ideais e objetivos estão em conformidade com o desenvolvimento social e com a valorização da vítima.

CONCLUSÃO

O presente trabalho teve o escopo de estudar e aprofundar a reparação do dano causado pelo crime e a valorização da vítima na sistemática processual penal, a qual é uma tendência internacional, o que se justifica em razão da falência do atual modelo de gestão criminal, baseado em uma perspectiva reparatória, tanto no aspecto material, moral e psicológico.

Como consequência do descaso por parte do Estado e também da influência da legislação internacional, iniciaram-se movimentos em prol das vítimas. As alterações na legislação vigente que paulatinamente foram sendo acrescentadas, trouxeram alguns direitos e garantias, porém ainda não suficientes para satisfazer a reparação dos danos e atender as necessidades vitimológicas.

Salienta-se que o Estado, ao realizar a sua função punitiva, não é eficiente na ressocialização do infrator e nem na tentativa de resolver o conflito decorrente do delito. Por isso, buscar diferentes métodos e meios para solucionar o conflito é o caminho na pacificação social do Estado Democrático de Direito.

Partindo-se dos pressupostos acima, alguns pontos enfrentados merecem destaque nas considerações finais. O primeiro deles é o descaso por parte do Estado às vítimas de delitos, que foi minimamente amenizado com a Lei 11690/2008, que incluiu uma série de direitos e garantias às vítimas, e a Lei 11719/2008, que possibilitou ao juiz criminal fixar na sentença penal condenatória valor mínimo para a reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos.

A criação de meios de indenizações às vítimas de delitos pelo atual Estado Social, considerando os Direitos Humanos, que tiveram crescente preocupação após a Segunda Guerra Mundial, são formas de garantir a dignidade e cidadania da vítima.

O estudo centralizou esforços no instituto da reparação do dano e fez análise dos meios disponíveis para que a vítima possa buscar indenização, abordando, por esta razão, a ação civil *ex delicto* como instrumento ainda existente, porém pouco eficaz.

Outro ponto abordado foi a discussão da responsabilidade do Estado pela reparação dos danos às vítimas de infrações. Ressaltou-se que a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 245, trouxe dispositivo que estabelece que o Estado dará assistência aos herdeiros e dependentes carentes de pessoas vitimizadas por crime doloso. Porém trata-se de norma de eficácia limitada e depende de lei para efetivar-se. Ocorre que mesmo após vinte e sete anos da promulgação da Constituição o artigo referido ainda não foi regulado. Hoje, existem

projetos sociais, a exemplo do “Justiça – Direito de Todos”, que buscam assinaturas para apresentar projeto de Lei de iniciativa popular visando dar efetividade e viabilidade ao artigo 245.

Durante a realização da pesquisa foi analisado o projeto de Lei 8045/2010, que prevê alterações para um novo Código de Processo Penal. O projeto traz institutos que possibilitam a composição entre vítima e ofendido nos delitos patrimoniais de menor gravidade, além da possibilitar à vítima pleitear indenização pelo dano moral sofrido com a infração.

Discutiu-se sobre a possibilidade do projeto de Lei 8045/2010 abranger que a vítima pleiteasse indenização não apenas pelo dano moral, mas também pelo dano material, desde que não prejudicasse o processo penal. Caso isso ocorresse, os autos deveriam ser remetidos ao juízo cível.

A cumulação de interesse civil em âmbito criminal é alvo de muitas críticas. Há quem diga que se trata da privatização do conflito, de verdadeiro retrocesso na sociedade contemporânea. Entretanto, em que pese as críticas trazidas ao longo do texto, verificou-se que a discussão privada da reparação civil em âmbito criminal está em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana, de modo a agilizar indenização da vítima pelo dano sofrido. Defendeu-se também a necessidade de observância aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, apenas assim a dignidade da vítima estaria respeitada.

O que se percebe é que a sistemática da justiça criminal como um todo necessita de reforma, mais precisamente quanto à sustentabilidade social da valorização da vítima em buscar a reparação do dano decorrente do delito, com a possibilidade de discussão do quanto reparatório em âmbito criminal e a ampliação das formas consensuais na solução da lide. É necessário buscar o desenvolvimento social de modo sustentável, e para isso é preciso discutir e propor mudanças capazes de minimizar problemas sociais. No caso do presente trabalho as sugestões são a reparação dos danos às vítimas de crimes e a ampliação do consenso com a participação da sociedade.

Um das maneiras de ampliar o consenso na Justiça Criminal é pela efetivação da Justiça Restaurativa, que possibilita a reparação do dano através do consenso entre vítima e infrator, com a composição entre os envolvidos no delito, sendo que em delitos de menor gravidade existe a possibilidade, inclusive, de evitar a ação penal.

O que a Justiça Restaurativa proporciona de mais relevante é resgatar a dignidade da vítima, afastando ela do perverso sistema penal retributivo, que apenas a revitimiza, submetendo-a a novas humilhações.

A vítima não deve ser considerada mero sujeito passivo da infração penal, mas real protagonista da cena criminal, devendo ser garantido a ela posição de sujeito de direito dentro da relação processual penal, com participação cada vez maior.

Os institutos conciliatórios devolvem à vítima um papel ativo e dinâmico na resposta ao delito, já que o procedimento processual penal ordinário atual a trata com indiferença. Com os meios consensuais há também a possibilidade efetiva da reparação do dano, não apenas do valor pecuniário, mas também do dano moral.

Hoje, o que mais importa durante a lide processual é a busca de sua efetividade. Isso porque a crise que assola a administração da justiça impede que as partes saiam satisfeitas da demanda

A efetivação das medidas discutidas no presente trabalho depende da vontade do legislador em implantar de políticas públicas efetivas que possibilitem que a vítima tenha seu dano reparado, ou ao menos amenizado, mas, principalmente, depende do desenvolvimento social, pois a sociedade como um todo precisa conscientizar-se que o crime é um problema social e que a vítima pode ser qualquer pessoa. Por isso, possibilitar que a vítima participe do delito é medida eficaz.

Em um Estado Democrático de Direito a política criminal que deve ser adotada é aquela que reconhece os direitos fundamentais e sua realização. Por esta razão, permitir que a vítima participe mais ativamente no processo criminal, pleiteando indenização pelos danos morais e materiais, bem como ampliar e viabilizar o uso do consenso na solução do conflito é medida que melhor se adequa à nossa realidade, sem abandonar os direitos e garantias já conquistados. Nesse sentido, Achutti (2014, p. 257): “Abandonar o velho, no entanto, não significa abrir mão dos direitos e garantias individuais e da necessidade de mantê-los intactos na Magna Carta. Isso, sem dúvida, seria um retrocesso. O reconhecimento da importância da racionalidade penal moderna, nesse sentido é fundamental.”

Em que pese os esforços por parte de nosso legislador, os procedimentos existentes são insatisfatórios no que tange à reparação dos danos às vítimas e à pacificação social, por esta razão são necessárias inovações na Justiça Criminal.

Portanto, frente ao que foi pesquisado, se verificou a importância do papel da vítima no fenômeno criminal, refletindo a necessidade de se modernizar a sistemática da Justiça Criminal na efetivação da reparação do dano. Para isso, faz-se necessário ampliar o rol de delitos que possam ser resolvidos de forma consensual, ou, melhor ainda, utilizar-se da Justiça Restaurativa, frente às suas vantagens que não se esgotam apenas na questão reparatória.

Nas hipóteses em que o consenso não se concretize a legislação deve ser alterada, possibilitando que a vítima possa pleitear indenização pela reparação dos danos, sejam eles materiais ou morais, dentro do processo criminal, desde que não haja prejuízo ao desenvolvimento processual.

O que se verifica é que a participação social e, por consequência, sua satisfação na sistemática processual criminal precisa estar em consonância com os fundamentos de um Estado Democrático de Direito, por isso a necessidade de se modificar nosso modelo de Justiça Criminal.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVAY, Pedro. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Coord.). **As reformas no processo penal: as novas Leis de 2008 e os Projetos de Reforma**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

ACHUTTI, Daniel. **Justiça restaurativa e abolicionismo penal**. São Paulo: Saraiva, 2014.

AGUIAR, Carla Zamith Boin. **Mediação e Justiça restaurativa: A humanização do sistema processual como forma de realização dos princípios constitucionais**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Edersa, 1999.

ALFARO, Luis Miguel Reyna (Org.). **La Víctima en el sistema penal: Dogmática, processo y política criminal**. Editora Jurídica Grijley: Lima, 2015.

ALMEIDA, Tania. **Justiça Restaurativa e Mediação de Conflitos**. Disponível em: http://www.mediare.com.br/08artigos_06justica_restaurativa.html . Acesso em: 08 de outubro de 2015.

AMARAL, Claudio do Prado. **Despenalização pela reparação de danos: a terceira via**. Leme: J.H. Mizuno, 2005.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional Contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. Vol 1. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília, Polis, 1991.

BRASIL, Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 8045/2010**. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=F5605D427306E0B1532C993EE577C370.proposicoesWeb2?codteor=831788&filename=PL+8045/2010. Acesso em: 12 de julho de 2015.

BRASIL, Senado. **Anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal**. Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal. Brasília: Senado Federal, 2009.

BRASIL, Senado. **Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal**. Brasília: Senado Federal, 2009. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/58503.pdf>. Acesso em: 12 de julho de 2015.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Embargos de Declaração no Habeas Corpus 94.016/SP**. Relator: Celso de Mello. Publicado em: 14/04/2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3562036>. Acesso em: 24 de maio de 2015.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 147.776-8 SP**. Relator: Sepúlveda Pertence. Publicado em: 19/05/1998. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=210449>. Acesso em: 13 de novembro de 2015.

BRASIL. **Código Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em 11 de julho de 2015.

BRASIL. **Código de Processo Penal (1941)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 07 de abril de 2015.

BRASIL. **Código Penal (1940)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm. Acesso em 18 de maio de 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASILEIRO, Renato. **Curso de Processo Penal**. Niterói: Impetus, 2013.

BREGA FILHO, Vladimir. **A reparação do dano no Direito Penal brasileiro**. Revista Jus Navegandi, Teresina, ano 9, n. 138, 21 de maio de 2004. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/5242>. Acesso em 14 de maio de 2015.

CALHAU, Lélío Braga. **Vítima e Direito Penal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ESTEFAM, André e GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal esquematizado: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2012.

FARIELLO, Luiza de Carvalho. **Presidente do CNJ cria grupo para estruturar uso da Justiça Restaurativa**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/bs7j>. Acesso em: 08 de outubro de 2015.

FERNANDES, Antonio Scarance. **O Papel da Vítima no Processo Criminal**. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. **Processo penal constitucional**. 6. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

_____; MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **O Estado na reparação do dano à vítima de crime**. Revista dos Tribunais, vol. 678, 1992, p. 7-14.

FLACH, Norberto. **Princípios Constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 2000.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. Trad. Raquel Ramallete. Petrópolis, Vozes, 1999.

GARCIA, Basileu. **Dos crimes contra a administração pública**. Revista de Direito Administrativo. Repositório FGV de Periódicos e Revistas, vol. 8, 1947. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/9874/8889>. Acesso em: 25 de agosto de 2015.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio e GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 3ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GÊNOVA, Jairo José. **O Comportamento da Vítima e a Teoria da Imputação Objetiva**. Caderno Jurídico. Ano 1 - n.º 1 – ESMP - Abril/01.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Legalidade, Oportunidade e Consenso no Processo Penal, na Perspectiva das Garantias Constitucionais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

GOMES, Lauro Thaddeu. **A posição da vítima no processo penal brasileiro**. 2012. 122f. Tese (Mestrado em Ciências Criminais da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul).

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no Direito Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal - Parte geral**. 13. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini; ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos de; DINAMARCO, Candido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

LIMA JUNIOR, José Cesar Naves de. **Manual de Criminologia**. 2. ed. amp. e atual. Salvador: JusPodivm, 2015.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MACEDO, Maria Fernanda Soares. **Justiça Restaurativa: a importância da participação da vítima na pacificação dos conflitos**. Revista Seção Judiciária do Rio de Janeiro, v. 20, n. 36, p. 95-109, abr. 2013.

MACHADO, Jónatas E. M. **Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social.** Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

MANSOLDO, Mary. Tendência mundial da política criminal: a vítima de delito e a reparação de danos. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 107, dez 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12536>. Acesso em: 04 de fevereiro de 2015.

MELIÁ, Manuel Cancio. **Reflexiones sobre la “victimodogmatica” em la teoria del delito.** Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 25, p.23. São Paulo, RT, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional.** 33 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MENDONÇA, Andrey Borges de. **Nova Reforma do Código de Processo Penal: comentado artigo por artigo.** São Paulo: Método, 2008.

MIRABETE Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal – Parte Geral.** São Paulo: Ed. Atlas. 26ª ed. Revista e Atualizada. 2010.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 30 ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **O Supremo Tribunal Federal e a fixação da reparação do dano na sentença penal condenatória.** Âmbito Jurídico. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12630. Acesso em: 23 de julho de 2015.

MOURA, Grégore. **Do Princípio da Co-culpabilidade.** Neterói: Impetus, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado.** 8 ed. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Manual de Processo Penal e Execução Penal.** 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. **Considerações sobre a indenização civil fixada no processo criminal.** Carta Forense. São Paulo, 2008. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/consideracoes-sobre-a-indenizacao-civil-fixada-no-processo-criminal/3131>. Acesso em: 21 de julho de 2015.

OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. **A vítima e o direito penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal.** 15.ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: LumenJuris, 2011.

ONU (1969). **Convenção Americana sobre Direitos Humanos.** Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em

http://www.cidh.oas.org/Basicos/Portugues/c.Convencao_Americana.htm. Acesso em: 10 maio de 2015.

ONU (1985). **Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder – 1985**. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direitos-Humanos-na-Administra%C3%A7%C3%A3o-da-Justi%C3%A7a.-Prote%C3%A7%C3%A3o-dos-Prisioneiros-e-Detidos.-Prote%C3%A7%C3%A3o-contra-a-Tortura-Maus-tratos-e-Desaparecimento/declaracao-dos-principios-basicos-de-justica-relativos-as-vitimas-da-criminalidade-e-de-abuso-de-poder.html>. Acesso em 19 de abril de 2015.

ONU (2002). **Resolução 2002/12 – Princípios Básicos para utilização de programas de justiça restaurativa em matéria criminal**. Disponível em: <http://www.justica21.org.br/j21.php?id=366&pg=0#.Vo0PvxUrLIU>. Acesso em: 06 de janeiro de 2015.

PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça restaurativa: da teoria à prática**. 1.ed. São Paulo: IBCCRIM, 2009.

PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. **Manual Esquemático de Criminologia**. São Paulo: Saraiva, 2010.

PEREIRA, Adriana Camargo; SILVA, Gibson Zucca da; CARBONARI, Maria Elisa Enrhardt. **Sustentabilidade, responsabilidade social e meio ambiente**. São Paulo: Saraiva, 2011.

RATTER, Henrique. **Uma ponte para a sociedade sustentável**. São Paulo: Editora Senac, 2012.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal: fundamentos la estructura de la teoria del delito**. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Editorial Civitas, 1999.

_____. **Problemas fundamentais de Direito Penal**. Trad. Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz, Maria Fernanda Palma e Ana Isabel de Figueiredo. 3 ed. Lisboa, Vega, 1993.

_____. **Doutrina Penal – Primeira Seção**. Tem futuro o direito penal?. RT 790, 90º ano. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SALIBA, Marcelo Gonçalves. **Justiça restaurativa como perspectiva de superação do paradigma punitivo**. Disponível em: http://uenp.edu.br/index.php/home-doc-oficiais-uenp/doc_view/1935-marcelo-goncalves-saliba. Acesso em: 06 dez. 2014

SANTANA, Selma Pereira de. **Justiça Restaurativa**. A reparação como consequência jurídico-penal autônoma do delito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SANTOS, José Eduardo Lourenço dos. **A discriminação racial na internet e o direito penal: preconceito sob a ótica criminal e a legitimidade da incriminação**. Curitiba: Juruá, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed.rev.atual. 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

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

_____.Mediação Penal.**Revista do Advogado**. São Paulo, Ano XXXIV, nº 123. Agosto de 2014.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **La consideración del comportamiento de la víctima en la teoría jurídica del delito observaciones doctrinales y jurisprudenciales sobre la “víctimo-dogmática”**. Revista Brasileira de Ciências Criminais v. 34, p. 163-194, São Paulo: 2001.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 22. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, Roberto de Abreu e. **A sentença Criminal Condenatória e a Reparação dos danos**. Revista EMERJ, v.13, nº 50, 2010. P.129 a 154.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**: volume único. São Paulo: Método, 2011.

VILHENA VIEIRA, Oscar. **Direitos Fundamentais**: uma leitura da jurisprudência do STF. São Paulo: Malheiros, 2006.