

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL – PUCRS
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS
MESTRADO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS

LAURO THADDEU GOMES

A POSIÇÃO DA VÍTIMA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

PORTO ALEGRE

2012

LAURO THADDEU GOMES

A POSIÇÃO DA VÍTIMA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre, pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Nereu José Giacomolli

PORTO ALEGRE

2012

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

G633p Gomes, Lauro Thaddeu.

A posição da vítima no processo penal brasileiro /
Lauro Gomes. – 2012.
121 f.

Dissertação (Mestrado) – Faculdade Direito, Pós-
Graduação em Ciências Criminais, PUCRS.
Orientador: Prof. Dr. Nereu José Giacomolli.

1. Direito Penal – Brasil. 2. Direito Processual Penal
– Brasil. 3. Vitimologia. 4. Criminologia. 5. Tutela
(Direito). I. Giacomolli, Nereu José. II. Título.

CDD 341.59

Bibliotecária Responsável

Deisi Hauenstein
CRB 10/1479

LAURO THADDEU GOMES

A POSIÇÃO DA VÍTIMA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre, pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

Aprovado em ____ de _____ de 2012.

BANCA EXAMINADORA

Orientador: Prof. Dr. Nereu José Giacomolli

Prof. Examinador

Prof. Examinador

*À minha família, por tudo.
À Carolina, minha amada.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao Prof. Dr. Nereu José Giacomolli pela sempre criteriosa e atenciosa orientação para com essa dissertação. Muito obrigado, Professor!

Aos Colegas de escritório, especialmente nas figuras do Dr. Ney Fayet Júnior, Dr. Alexandre Dargél e Dr. Tiago Gavião, pelo incentivo acadêmico e amizade. Também, merecem um agradecimento especial, Carlos Flores, Ana Cristina Miola, Alessandra Corrêa e Cezar de Lima.

Aos Professores e funcionários do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUC/RS pela seriedade e dedicação com os alunos.

Aos Colegas de mestrado, pela amizade, convívio e aprendizado.

Agradeço, também, à minha família, pelo apoio incondicional.

E, por fim, à Carolina, pela compreensão com a distância que esse trabalho nos impôs.

RESUMO

Neste estudo, buscou-se examinar o redescobrimto da vítima bem como a sua atual participação no processo penal brasileiro. Assim, inicialmente, estudaram-se as fases evolutivas da vítima criminal (vingança privada, neutralização e seu redescobrimto), bem como a preocupação de organismos internacionais, como a ONU e o Conselho da Europa, para com o tratamento destinado à vítima pelos (maioria) estados. Também, analisou-se a atuação de Cortes Internacionais de Direitos Humanos em casos de violação de direitos da vítima consagrados nos Diplomas Internacionais. Após, partiu-se para o estudo do ofendido no nosso sistema jurídico-penal, abordando as principais normas que tratam da vítima criminal no Código Penal e no Código de Processo Penal. Nesse último, em razão da extensa matéria, realizou-se uma subdivisão que abordou a vítima e a investigação criminal; a vítima e a ação processual penal; a vítima e a reparação do dano; e a vítima e as científicas. Para além disso, estudou-se a Lei de Proteção a vítimas e testemunhas, a Lei Maria da Penha e a Lei dos Juizados Especiais Criminais, todas com estrita relação com o ofendido e no contexto de seu redescobrimto. Por fim, trouxeram-se algumas considerações sobre as vantagens e desvantagens da atuação da vítima no processo penal brasileiro, partindo-se do ponto de vista do acusado, bem como uma análise perspectiva do projeto de reforma do Código de Processo Penal, o qual se fez necessário em face das inúmeras modificações trazidas por esse projeto de reforma.

Palavras-chave: Processo Penal. Vítima. Proteção. Problemas.

RESUMEN

En este estudio se buscó examinar el redescubrimiento de la víctima y su actual participación en el proceso penal brasileño. Así, inicialmente se estudiaron las etapas evolutivas de la víctima criminal (venganza privada, neutralización y su redescubrimiento), además de la preocupación de los organismos internacionales, como la ONU y el Consejo de Europa, para con el tratamiento destinado a la víctima por la (mayoría) de los estados. Además, se analizó la actuación de las Cortes Internacionales de Derechos Humanos en casos de violación de los derechos de la víctima, consagrados en los Diplomas Internacionales. Después, se realizó un estudio del ofendido en nuestro sistema jurídico-penal, abordando las principales normas que tratan de la víctima criminal en el Código Penal y en el Código del Procesamiento Penal. En este último, en virtud de la extensa materia, se realizó una subdivisión que abordó la víctima y la investigación criminal; la víctima y la acción procesal penal; la víctima y la reparación del daño; y la víctima y las científicas. Además, se estudió la Ley de Protección a las víctimas y testigos, la Ley Maria da Penha y la Ley de los Juzgados Especiales Penales, todas con estrecha relación al ofendido y en el contexto de su redescubrimiento. Finalmente, se trazaron algunas consideraciones sobre las ventajas y desventajas de la actuación de la víctima en el proceso penal brasileño, partiendo del punto de vista del acusado, y se realizó un análisis del proyecto de reforma del Código de Proceso Penal, el cual se hace necesario en virtud de las incontables modificaciones presentadas por el proyecto de reforma.

Palabras clave: Proceso Penal. Víctima. Protección. Problemas.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 CONSIDERAÇÕES INICIAIS ACERCA DA VÍTIMA	12
2.1 ETAPAS EVOLUTIVAS.	12
2.2 INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS PROTETIVOS DA VÍTIMA	23
2.2.1 Âmbito da ONU	24
2.2.2 Âmbito do Conselho da Europa	28
2.2.3 Tribunal Europeu de Direitos do Homem	31
2.2.4 Corte Interamericana de Direitos Humanos	34
3 A VÍTIMA NO ORDENAMENTO JURÍDICO CRIMINAL	38
3.1 A VÍTIMA NO CÓDIGO PENAL.....	38
3.2 A VÍTIMA NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL	40
3.2.1 Fase Pré-Processual	41
3.2.2 Ação Processual Penal	45
3.2.2.1 Ação Penal de Iniciativa Privada	45
3.2.2.2 Ação Penal Pública Condicionada.....	47
3.2.2.3 Ação Penal Pública Incondicionada	50
3.2.2.4 Assistente da acusação	53
3.2.3 Fixação da Indenização	62
3.2.4 Cientificações	70
3.2.5 Do depoimento da vítima e a prova nos delitos sexuais	75
3.3 LEIS PENAS ESPECIAIS.....	77
3.3.1 Lei nº 9.807/99 (Lei de Proteção a Vítimas e Testemunhas)	77
3.3.2 Lei nº 11.340/06 (Lei Maria da Penha).	80
3.3.3 Lei nº 9.099/95 (Juizados Especiais)	86
4 VANTAGENS, DESVANTAGENS E PERSPECTIVAS SOBRE A VÍTIMA NO PROCESSO PENAL	93
4.1 DAS VANTAGENS DA ATUAÇÃO DA VÍTIMA NO PROCESSO PENAL	95
4.2 DAS DESVANTAGENS DA ATUAÇÃO DA VÍTIMA NO PROCESSO PENAL	98
4.3 DAS PERSPECTIVAS DE ATUAÇÃO DA VÍTIMA E O PROJETO DE REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL	105

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	113
REFERÊNCIAS.....	116

1 INTRODUÇÃO

A figura da vítima no processo penal brasileiro, nos últimos anos, vem sendo revitalizada, a fim de afastá-la, cada vez mais, daquela posição marginal que possuía, quando era esquecida pelo Estado após a ocorrência do delito, passando para uma posição de destaque no âmbito do processo criminal, com um sensível aumento de direitos e uma ampliação de sua capacidade processual. Porém, muitas vezes, essa amplitude de direitos e de atuação da vítima no processo penal vem em detrimento de direitos e de garantias constitucionais dos acusados, o que gera a necessidade de um debate mais aprofundado sobre a vítima, sua história, seus interesses e as alterações no processo penal que a colocam em destaque.

Essa abordagem da figura da vítima faz com que o presente trabalho se enquadre na linha de pesquisa sobre Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais (PPGCCrim) da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS), porque exige análise dos mais diversos discursos político-criminais e legislações contemporâneas, e sua interação com os objetivos do processo penal, como igualmente a sua recepção constitucional.

É especialmente ampla a matéria quando se fala em vítima no processo criminal, portanto o tema será delimitado na vítima, sua atual posição no processo penal brasileiro e uma análise, com base no que foi estudado, das vantagens e desvantagens da vítima atuante. Apesar de se ter conhecimento de que a vítima possui uma atuação muito mais ampla em outros países, como em alguns da Europa e, até mesmo, da América Latina, analisar-se-ão apenas os diplomas internacionais e seus reflexos na legislação brasileira.

Para tanto, o objetivo da pesquisa é estudar os fatores que deram uma nova “vestimenta” para a vítima criminal dentro do processo penal brasileiro, baseando na doutrina nacional especializada e estrangeira acerca da matéria.

Dessa forma, divide-se o presente trabalho em três capítulos. O primeiro apresentará um estudo histórico e evolutivo (e descritivo) a respeito da figura da

vítima, considerando as etapas da: vingança privada (e justiça privada); a neutralização da vítima por meio do Estado; e os movimentos que reposicionaram a vítima no ambiente do processo penal. Entende-se como necessário o estudo histórico (e descritivo) acerca da vítima, que passou de protagonista (vingança privada) para figura marginal do processo (sua neutralização), ou seja, dois modelos completamente distintos (e, claramente com problemas) que devem ser estudados para que se possa realizar uma análise crítica do atual modelo.

Ainda no primeiro capítulo, estudar-se-ão os instrumentos internacionais que editaram legislações específicas sobre a vítima, quais sejam: a ONU e o Conselho da Europa. Posteriormente, uma análise sobre a forma de vinculação dos países aos regimentos editados por organizações internacionais e a atuação do Tribunal Europeu de Direitos Humanos e da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

O segundo capítulo será destinado a um estudo da vítima no nosso ordenamento jurídico-penal. Iniciar-se-á com os dispositivos do Código Penal que levam em consideração a vítima criminal, e que, pode-se falar, também protegem a vítima, como o caso da pena de prestação pecuniária. Contudo a maior ênfase desse segundo capítulo será destinada ao Código de Processo Penal e suas alterações, a partir de 1995, as quais influenciaram, substancialmente, a posição do ofendido no processo criminal. No estudo do Código de Processo Penal, em face das inúmeras possibilidades destinadas à vítima, destinar-se-ão subcapítulos para um estudo pontual sobre a vítima e a investigação; a vítima e a ação processual penal; a vítima e a reparação do dano na sentença penal condenatória; e a vítima e as científicas (informações). Após, proceder-se-á a um exame sobre as Leis Penais Especiais que destinam um maior cuidado com a proteção à vítima, como a Lei dos Juizados Especiais, a Lei de Proteção às vítimas e testemunhas e a Lei Maria da Pena.

Por fim, ao visitar a história, os instrumentos internacionais em favor da vítima criminal e a atualidade em nosso ordenamento jurídico-penal, destina-se o terceiro capítulo para uma análise mais crítica sobre a atuação da figura da vítima no processo criminal, com um tópico sobre as vantagens de sua atuação e um segundo tópico sobre as desvantagens da participação da vítima no processo criminal,

sempre sob o olhar do acusado, pois o processo penal é destinado à imposição da pena e não à satisfação dos desejos da vítima. No último tópico, analisam-se as perspectivas da reforma do Código de Processo Penal, que se mostra necessária em razão de sensíveis alterações no papel da vítima. O objetivo dessa última análise não é prever (e se antecipar) a futura reforma processual penal, porque não se sabe se realmente ocorrerá ou, se aprovada, continuará com a redação examinada, mas, sim, se as propostas apresentadas possuem espaço e se são compatíveis e necessárias no nosso processo penal.

2 CONSIDERAÇÕES INICIAIS ACERCA DA VÍTIMA

2.1 ETAPAS EVOLUTIVAS.

Antes de iniciar a análise direta do tema da presente dissertação, a qual abordará a vítima no processo penal (e as recentes alterações na legislação brasileira), mostra-se imperioso desenvolver, nessa primeira parte, o conceito do termo vítima e analisar a sua posição ao longo da história.

Diante dos inúmeros conceitos de vítima, trabalhar-se-á com o conceito jurídico do termo, que é assim definido por Rodrigo Ramires González:

Al hablar de la concepción jurídica, es de advertir que en la práctica jurídica se entiende por *víctima* la parte lesionada que sufre perjuicio o daño por una infracción. Es por lo tanto un criterio objetivo el que pretende determinar la calidad de víctima o de delincuente: quien comete la infracción o la omisión, es el autor; quien sufre las consecuencias nocivas, es la víctima.¹

É oportuno, também, citar a definição de vítima trazida na Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder, editado pela Organização das Nações Unidas e adotado pela Assembleia Geral na sua Resolução 40/34, de 29 de novembro de 1985. Nessa resolução, entendem-se por vítimas as pessoas que, individual ou coletivamente, tenham sofrido um prejuízo, nomeadamente um atentado à sua integridade física ou mental, um sofrimento de ordem moral, uma perda material, ou um grave atentado aos seus direitos fundamentais, como consequência de atos ou de omissões violadores das leis penais em vigor num estado-membro, incluindo as que proíbem o abuso de poder.

¹ GONZÁLEZ, Rodrigo Ramírez. *La victimología*. Bogotá, Colombia: Temis, 1983. p. 8, grifo do autor. HERMIDA, Ágata María Sanz. *La situación jurídica de la víctima en el proceso penal*. Valencia: Tirant lo blanch, 2008. p. 22. No mesmo sentido: “De esta declaración puede elaborarse un primer marco jurídico para la definición de la víctima entendiendo que en todo caso lo es aquel sujeto titular del bien jurídico lesionado como consecuencia del hecho ilícito cometido. Se trata, pues, de un requisito esencial para definir a las víctimas en el proceso penal y procurar en su caso, aunque con distinto significado y alcance en cada ordenamiento, la reparación del mismo.”

Assim, em termos gerais, pode-se dizer que a vítima criminal é toda pessoa que sofreu (ou ameaçada de sofrer), de qualquer forma, prejuízo em face de um ato ilícito (penalmente relevante). Com base nesse conceito, pode-se prosseguir e estudar a posição da vítima nos procedimentos ao longo da história do direito. Segundo a lição de Antonio García-Pablos de Molina e Luiz Flávio Gomes, protagonismo, neutralização e redescobrimto são, pois, três fases que poderiam refletir o status da vítima do delito ao longo da história.²

O protagonismo da vítima, também chamado momento de glória, passou por, pelo menos, dois momentos: a vingança privada e a justiça privada. Na vingança privada,³ a vítima ou seus parentes retribuíam o prejuízo ao infrator com sua própria força, o que levou a impossibilidade de uma paz social, pois o cometimento de um fato delituoso permitia sua retribuição, ou seja, permitia-se a prática de um fato tão grave quanto o cometido ou, até mesmo, mais grave.⁴ Dessa forma, surgiu a justiça privada como uma tentativa de controle da vingança, baseando-se, especialmente, na proporcionalidade entre a agressão e a retribuição da vítima, possibilitando, inclusive, a reparação do dano. A fim de melhor explicar a justiça privada, adotam-se os ensinamentos de Antonio Scarance Fernandes:

Mas, conforme foram surgindo as primeiras organizações sociais mais estruturadas, logo se percebeu que não interessava a vingança sem medida, seguida de resposta também desproporcionada, pois implicava a dizimação das tribos. Havia a necessidade de limitar a reação à agressão. Da vingança privada passou-se à justiça privada, limitada e

² GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 66.

³ A respeito da vingança privada, veja-se FAYET JÚNIOR, Ney. A evolução histórica da pena criminal. In: BITENCOURT, Cezar Roberto (Org.). *Crime e sociedade*. 1. ed., 2. tir. Curitiba: Juruá, 1999. p. 235, grifo do autor. “Com a evolução social, com o aumento da complexidade das relações coletivas, poderemos reconhecer a existência da denominada *vingança privada*, entendida *como reação do indivíduo ao seu grupo contra membros de outros grupos, onde a comunidade abandona o culpado à revanche da sua vítima ou da família, destinando-se a satisfazer o desejo de **vindita** da vítima*. Constitui, para muitos, a primeira manifestação concreta do direito penal, localizada entre os povos de rudimentar desenvolvimento jurídico. Convém anotar-se que o interesse individual sobrepairava ao coletivo, pois os fatores históricos objetivos ainda não tinham criado as condições para o aparecimento de uma força social que monopolizasse o poder punitivo.”

⁴ Nesse sentido, é a lição de FERNANDES, Antonio Scarance. *O papel da vítima no processo criminal*. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 13: “O problema, contudo, não ficava, normalmente, adstrito aos indivíduos envolvidos na ação criminosa, alcançando suas famílias, pois a ofensa a um membro da tribo repercutia em todos, o que gerava lutas sangrentas e indefinidas, responsáveis por eliminações de grupos inteiros.”

regulada. A vítima e seu parentes, se pretendiam punir o autor do crime, deveriam então dirigir-se a um representante da comunidade, ou autoridade pública, incumbido de verificar se eram obedecidas determinadas regras formais e se a vingança não ultrapassava os limites estabelecidos pelas normas de índole religiosa ou jurídica então vigorantes.⁵

Apesar da evidente diferença entre a vingança privada e a justiça privada, o Estado, nessa época (protagonismo da vítima), não interferia na resolução dos conflitos entre seus cidadãos, restando o destino do algoz nas mãos da vítima.

Mas, a partir de uma necessidade maior de controle das retribuições⁶ e de uma organização social,⁷ a vítima foi neutralizada pelo Estado⁸ retirando-se o direito de punir das mãos dos ofendidos.⁹ A fase da neutralização ocorreu na Idade Média, conforme se apura nos ensinamentos de Hans Joachim Schneider:

La gran codificación del derecho penal de la Edad Media, del emperador Carlos V de 1532, concibió la persecución como un deber del Estado, que dejó de ser una cuestión privada de la víctima. Este pensamiento, desde luego correcto, llevó con el tiempo a ver en la

⁵ FERNANDES, Antonio Scarance. *O papel da vítima no processo criminal*. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 13-14.

⁶ De acordo com HIRSCH, Hans Joachim. Acerca de la posición de la víctima en el Derecho penal y en el Derecho procesal penal. In: ESER, Albin et al. *De los delitos y de las víctimas*. 1. ed., 2. reimp. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2008. p. 116-117: “Sin embargo, el sentido del traspaso de la pretensión penal privada a la pública fue, precisamente, el hecho de que su existencia y su persecución debían ser independientes del ofendido, con ellos se trata, especialmente, de que sea alcanzada una objetivación del procedimiento penal. La sed de venganza y las emociones deben ser mantenidas lejos de la persecución penal. Eso rige para un Derecho penal moderno, cuya portada reza contra la venganza y la pena retributiva, todavía en una medida mayor.”

⁷ Segundo HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología*. Valencia: Tirant lo blanch; 2001. p. 200.

⁸ BARROS, Flaviane de Magalhães. *A participação da vítima no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 16. “Assim, a vítima é excluída do conflito. O roubo, por exemplo, de bens de um armazém não atinge primeiramente o seu proprietário; atinge primeiro o clã, depois o Rei, depois a sociedade civil e o Estado, mas não a vítima. Esta estrutura, que expropria o conflito, que cria uma superparte, foi sendo inserida nas teorias do Direito Penal e do processo penal. Com relação ao Direito penal, o primeiro avanço consiste na compreensão de que o criminoso comete uma infração ao desrespeitar uma norma jurídica.”

⁹ CALHAU, Lélío Braga. *A vítima e o direito penal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 24-25, grifo do autor: “Foi a chamada ‘idade de ouro’ da vítima, em que a mesma gozava de certos direitos e uma posição de destaque na solução do problema decorrente da prática do crime. Nos primórdios da vivência do Direito, a vítima e sua família ocupavam uma posição de destaque. A elas facultava-se requerer a vingança ou a compensação. Com a evolução social e política e o desaparecimento da vingança privada, o Estado passou a ser o titular da *persecutio criminis* e a vítima migrou de uma posição central para uma situação periférica junto ao Direito. [...] Quando se fala que a vítima conheceu sua *Idade de Ouro* nos primórdios do Direito Penal, é preciso sempre lembrar da inexistência de uma separação rigorosa entre crime e pecado. Mais que fornecer à vítima uma satisfação pessoal, a aplicação da sanção tinha por finalidade restaurar a harmonia perdida com a prática do delito.”

acción punible sólo la lesión del derecho del Estado, así como en el derecho y en el proceso penal sólo una tarea de pacificación entre el Estado y los violadores del derecho. Se olvidó casi por completo la lesión jurídica de la víctima y la pacificación entre el autor y la víctima.¹⁰

Acerca da necessidade de uma organização social, seleciona-se a doutrina de Winfried Hassemer e Francisco Muñoz Conde:

La neutralización de la víctima y la generalización de su interés no constituyen solo una característica exclusiva del Derecho penal estatal, sino también una conquista de la civilización, que es tanto como decir de la formalización y la racionalización del control social de la desviación. Tanto la venganza y la faída en la Historia del Derecho, como las reacciones sociales de miedo a la delincuencia que llegan muestran que la excesiva consideración de los intereses de la víctima puede llegar a convertirse en una amenaza para la regulación ordenada y pacífica de la convivencia humana, no sólo porque se corre el peligro de que la víctima misma se convierta en delincuente, respondiendo a la violencia con violencia , al delito con el delito; sino también por el hecho de que, al generalizarse su interés, se cree el peligro de que grupos sociales, ligados directamente a la víctima, o que al menos lo sienten así, actúen por venganza o ejerzan actividades de 'prevención' frente a los delincuentes o frente a quienes tienen por tales ('ángeles del barrio', 'grupos de autodefensa', etc.).

Esse fato determinou o esquecimento do ofendido¹¹ no âmbito penal, pois a preocupação (da Política Criminal, Direito Penal e Processo Penal) ficou direcionada para a figura do acusado e as limitações do Poder do Estado,¹² o que se afigura como justo, uma vez que as penas sofridas pelos infratores eram

¹⁰ SCHNEIDER, Hans Joachim. La posición jurídica de la víctima. *Doctrina Penal: teoría y práctica en las Ciencias Penales*, año 12, n. 46/47, p. 307-330, abr./set. 1989. p. 307-308.

¹¹ Segundo PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. *Justiça restaurativa: da teoria à prática*. São Paulo: IBCCRIM, 2009. p. 46: "O direito penal se 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 se esqueceu da vítima ao deixá-la à margem do processo e sem proteger seus direitos. Até mesmo a criminologia se esqueceu dela, pois tratou apenas do delinquente, 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."

¹² De acordo com, GONZÁLEZ, Rodrigo Ramírez. *La victimología*. Bogotá, Colombia: Temis, 1983. p. 50: "Durante la Edad Media el ofensor era castigado físicamente, por lo regular con la tortura, y económicamente, pues que era despojado de sus pertenencias, las cuales, en vez de pasar a manos de sus víctimas, eran aprovechadas por los señores feudales y por el poder eclesiástico. Así los intereses personales de la víctima del delito fueron por mucho tiempo, después de la Edad Media, subordinados a aquellos de la sociedad, cuyos dirigentes los usufructuaban en su propio beneficio bajo el cariz de una política penal, y la víctima se convirtió así en la cenicienta del derecho penal. El interés de los estudiosos de la problemática criminal y de las autoridades judiciales y gubernamentales se concentró única y exclusivamente en la parte activa del delito, es decir, en el ofensor."

desproporcionais e acompanhadas de sofrimento dos acusados. Para tanto, naquela época buscavam-se penas mais humanas para o transgressor, a diminuição da pena de morte e das penas corporais, um processo mais justo para o réu, e, por esse motivo, os estudos restavam voltados exclusivamente à figura do criminoso. Nesse passo é a doutrina de Antonio Scarance Fernandes:

As primeiras e justas preocupações voltaram-se para o réu, não para a vítima. Com a influência do Iluminismo e da Escola Clássica as penas são humanizadas: repudiam-se os castigos corporais; elimina-se ou se limitava bastante a pena de morte; extirparam-se as penas infamantes. Desenvolvem-se, principalmente sobre os auspícios da Escola Positiva, estudos sobre a pessoa do delinquente. No processo, busca-se assegurar ao acusado maiores oportunidades de defesa. Discute-se sobre a construção de presídios onde possa a dignidade do condenado ser preservada.¹³

A neutralização da vítima foi mantida pelo próprio processo penal, seja ele de modelo acusatório, inquisitório ou misto. Nesses modelos, as figuras do acusado, do juiz e do acusador formam a relação processual, excluindo a figura da vítima. Assim, com a neutralização do ofendido e o controle estatal sobre o processo, almeja-se excluir a ideia de vingança, a partir de uma despersonalização do processo. Essa medida fez com o que o Estado, utilizando-se de sua soberania, resolva os conflitos de sua sociedade de uma forma mais impessoal e imparcial.¹⁴ Nesse sentido, Antonie Garapon:

Estabelecendo uma diferença entre o sistema penal e a vingança. ‘Com efeito, a vingança de sangue é privada e indeterminada, privada, porque ela só defende os interesses vitais e religiosos de uma família e não da sociedade inteira. Indeterminada, porque ela tende essencialmente a derramar sangue sem visar de maneira absolutamente prioritária quem se tornou culpado do crime. Um parente do criminoso poderá tratar do assunto. A partir do momento em que o sangue corre, o morto será satisfeito e reparada a honra da família ultrajada. Ao sangue derramado terá respondido pelo sangue derramado.’ Mas a pena legal que nossas sociedades modernas

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

¹⁴ Nos ensinamentos de GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 67: “A experiência havia mostrado que não se pode pôr nas mãos da vítima ou de seus parentes a resposta ao agressor. Que a natural paixão que o delito desencadeia em quem o padece tende a instrumentalizar aquela, convertendo a justiça em vingança ou represália. Que a resposta ao crime deve ser uma resposta distante, imparcial, pública, desapaixonada. A neutralização da vítima está, pois, nas próprias origens do processo penal moderno. Este é um dos mecanismos de mediação e solução institucionalizada dos conflitos que objetiva e despersonaliza a rivalidade entre as partes contendoras.”

conhecem é pública e individualizada: ela visa o culpado do crime e ele apenas e executa-se num espaço público. A pena legal e o sistema de vingança opõem-se então estruturalmente e esta oposição estrutural é tal que nenhuma evolução poderia levar-nos de um sistema ao outro.¹⁵

Essa neutralização, contudo, gerou ao longo do tempo, na verdade, um total desrespeito e esquecimento, porque, após a ocorrência do delito, a vítima não interessa mais ao Estado. Ou seja, a sensação da vítima criminal é a pior possível, pois o delito não foi evitado e, após sua lesão, o Estado não oferece qualquer atendimento que venha a diminuir suas necessidades.

Ainda, para piorar a situação do ofendido, a atuação omissa do Estado perante a vítima após a ocorrência do delito ofende-o novamente e, por esse motivo, fala-se em sobrevivimização ou vitimização secundária.¹⁶ A sobrevivimização¹⁷ nada mais é que um desrespeito do Estado para com a vítima e pode ocorrer por meio da omissão estatal no amparo ao ofendido e no curso do processo penal (pelo próprio sistema processual que se interessa apenas pelo depoimento da vítima). Para além da vitimização primária e secundária, pode-se falar em vitimização terciária, quando o delito causa reflexos negativos em seu convívio social, seja familiar, laboral, entre outros. Nesse sentido é a lição de Sara Aragonese Martinez, quando esclarece os processos de vitimização:

¹⁵ GARAPON, Antoine; GROS, Frédéric; PECH, Thierry. *Punir em democracia*. Lisboa: Instituto Piaget, 2001. p. 16.

¹⁶ Conforme SCHNEIDER, Hans Joachim. La posición jurídica de la víctima. *Doctrina Penal: teoría y práctica en las Ciencias Penales*, ano 12, n. 46/47, p. 309, abr./set. 1989: “En la investigación empírica sobre quienes han sido víctimas del delito se llegó aun a otro reconocimiento esencial: La víctima no sólo sufre el hecho punible en sí mismo, sino que sufre también, en virtud de la reacción formal e informal sobre el hecho, daños psíquicos, sociales, económicos y físicos. La víctima se considera abandonada e incomprendida por parte de su entorno social. En el proceso penal ella se siente menospreciada como objeto de la búsqueda de la verdad.”

¹⁷ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 84-85. “A atuação das instâncias de controle penal formal (polícia, juízes etc.) multiplica e agrava o mal que ocasiona o delito mesmo. Em parte porque estas repartições altamente burocratizadas parecem esquecer os danos já experimentados pela vítima, sua psicologia, sua especial sensibilidade e sua legítimas expectativas, necessidades etc. Por outro lado, também, porque a vítima se sente menosprezada, maltratada por elas, como se fosse simplesmente o objeto ou pretexto de uma rotineira investigação. Algumas situações processuais, como a confrontação pública da vítima com o agressor, são experimentadas por ela como uma verdadeira e injustificada humilhação. Com razão já se disse que, por desgraça, a vítima do delito costuma ser convertida com demasiada frequência em vítima do sistema legal; e que esta vitimização ‘secundária’ é mais preocupante ainda que a ‘primária’.”

Abandonando los iniciales planteamientos, las más modernas tendencias de la Victimología, centradas en las víctimas de los delitos, prestan especial atención a los procesos de victimización. Así, se distingue entre *victimización primaria* – la ocasionada directamente por el delito –, *victimización secundaria* – la sufrida por la víctima en su relación con la policía y, en general, con el sistema de justicia penal – y *victimización terciaria* – referente a las consecuencias que el delito tiene para la víctima en sus relaciones con su familia o amigos, en el trabajo, etc.¹⁸

Essa marginalização perdurou até o final da II Guerra Mundial, quando surgiram inúmeros estudos a respeito da vítima. Um dos primeiros foi produzido por Hans von Heating, em 1941, que apontou como uma causa da criminalidade o processo de interação entre o infrator e o ofendido.¹⁹ Posteriormente, em 1948, Heating lançou o livro *The Criminal and his Victim*, obra que, segundo Elena Larrauri representou os primeiros passos do tema vitimologia. Mendelsohn continuou o estudo da matéria realizando uma classificação sobre o grau de culpabilidade da vítima na ocorrência do delito. Antonie Garapon comenta sobre o surgimento de uma nova disciplina:

Nestas últimas décadas, assentiu-se, em todas as democracias, a um aumento do poder das vítimas. Ele manifestou-se para já no nascimento de uma nova disciplina – a vitimologia – que veio fazer contrapeso à criminologia que, como o seu nome indica, se concentrava no fenómeno criminal. A vitimologia começou a estudar os diferentes perfis de vítimas, as suas expectativas, até a sua participação inconsciente no crime. [...] Assim, a partir dos anos de 1950, constitui-se um saber específico sobre as vítimas como antigamente sobre os delinquentes. Ao mesmo tempo, os trabalhadores sociais do sector judiciário vêem ser-lhes atribuído além da responsabilidade pelos delinquentes, um papel de apoio às vítimas.²⁰

Merece destaque que essa primeira fase da vitimologia não buscava a ampliação dos direitos da vítima, o que somente ocorreu na década de oitenta, com uma (nova) vitimologia, que, então, se preocupou com as necessidades e direitos das vítimas de crimes, conforme se apura nos ensinamentos de Elena Larrauri:

¹⁸ MARTINEZ, Sara Aragonese. Introducción al régimen procesal de la víctima del delito. Deberes y medidas de protección. *Revista de Derecho Procesal*, Madrid, n. 2, p. 409-439, 1995. p. 412.

¹⁹ SCHNEIDER, Hans Joachim. La posición jurídica de la víctima. *Doctrina Penal: teoría y práctica en las Ciencias Penales*, local, ano 12, n. 46/47, p. 307-330, abr./set. 1989. p. 308.

²⁰ GARAPON, Antoine; GROS, Frédéric; PECH, Thierry. *Punir em democracia*. Lisboa: Instituto Piaget, 2001. p. 258.

Pero junto a esta victimología originaria surgió, en la década de los ochenta, una nueva victimología. Podemos, por consiguiente, aventurar que lo que se vislumbra en la década de los ochenta es el resurgir de una (nueva) victimología que se diferencia de la anterior, fundamentalmente, por: su preocupación por las necesidades y derechos de la víctima, y su sensibilidad por no contraponer los derechos de la víctima a los derechos del delincuente.²¹

A partir dos primeiros estudos sobre a vitimologia, ocorreram inúmeros congressos internacionais a respeito da matéria, os quais ganharam ainda mais força com o surgimento de novos objetos dentro do tema (preocupações com as vítimas). Assim, pode-se dizer que os pesquisadores *redescobriram* a vítima, reclamando, cada vez mais, uma maior atenção para figura da vítima e um maior respeito e celeridade nas respostas judiciais.

A revalorização da vítima também guarda uma relação com a expansão do Direito Penal, uma vez que a aparição de novos riscos na sociedade (especialmente no atual contexto) ocorre em face do rápido e grande desenvolvimento das tecnologias,²² das ciências, das relações humanas, entre outras.²³ Assim, surgem novos interesses e prioridades para a sociedade, necessitando da criação de novos bens jurídicos para a tutela do Direito Penal, ou seja, criam-se novos delitos o que, necessariamente, elevará os números da criminalidade e gerará uma maior sensação de insegurança no meio social.

²¹ Na lição de LARRAURI, Elena. Victimologia. In: ESER, Albin et al. *De los delitos y de las víctimas*. 1. ed., 2. reimp. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2008. p. 284.

²² CALLEGARI, André Luís; ANDRADE, Roberta Lofrano. *Direito penal e globalização*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 41: “Pelo exposto, podemos concluir que o fato de vivermos na sociedade do risco influenciará, diretamente, o Direito Penal. Não se pode negar, efetivamente, que o progresso tecnológico e econômico, ocorrido de forma extremamente acelerada desde a Revolução Industrial até os dias atuais, trouxe um incremento dos riscos a que estamos submetidos, já que desconhecidas as reais consequências desse desenfreado avanço.”

²³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del derecho penal*. 2. ed. reimp. Montevideo: BdeF, 2008. p. 13-14, grifo do autor: “El extraordinario desarrollo de la técnica ha tenido y sigue teniendo, obviamente, repercusiones directas en un incremento del bienestar individual. Como también las tiene la dinamicidad de los fenómenos económicos. Sin embargo, conviene no ignorar sus consecuencias negativas. De entre ellas, la que aquí interesa resaltar es la configuración del *riesgo de procedencia humana como fenómeno social estructural*. Ello, por el hecho de que buena parte de las amenazas a que los ciudadanos estamos expuestos provienen precisamente de decisiones que otros conciudadanos adoptan en el manejo de los avances técnicos: riesgos más o menos directos para los ciudadanos (como consumidores, usuarios, beneficiarios de prestaciones públicas, etc.) que derivan de las aplicaciones técnicas de los desarrollos en la industria, la biología, la genética, la energía nuclear, la informática, las comunicaciones, etc. Pero también, porque la sociedad tecnológica, crecientemente competitiva, desplaza a la marginalidad a no pocos individuos, que inmediatamente son percibidos por los demás como fuente de riesgos personales e patrimoniales.”

Nesse ponto, entra em cena a colaboração dos meios de comunicação,²⁴ pois conduzem suas reportagens de forma dramática, sensacionalista,²⁵ e, por muitas vezes imprecisas, causando indignação pública,²⁶ que, no final, resultará em mais proteção penal.²⁷ Trata-se de um verdadeiro círculo vicioso, pois quanto maior o rol de delitos, maior a criminalidade, maior divulgação nos meios sociais, maior indignação da sociedade, e conseqüente expansão do Direito Penal. David Garland comenta esse cenário:

La aparición del temor al delito como tema cultural importante es confirmada por estudios de opinión pública que han relevado que hay una presunción difundida en la gran mayoría del público en Estados Unidos y Gran Bretaña de que las tasas de delito están aumentando – mas allá de su evolución real –, así como también de que hay una escasa confianza del público en la capacidad del sistema de justicia penal para hacer algo al respecto. Esta sensación de un público temeroso y resentido ha tenido fuerte impacto en el estilo y el contenido de las políticas públicas en los últimos años. Se ha redramatizado el delito. La imagen común vinculada al welfarismo, del delincuente como un sujeto necesitado y desfavorecido, merecedor de ayuda, ha desaparecido prácticamente en la actualidad. En cambio, las

²⁴ CALLEGARI, André Luís; WERMUTH, Ângelo Dezordi. *Sistema penal e política criminal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 43: “Uma das características da sociedade globalizada é a influência cada vez maior dos meios de comunicações de massa nos processos de formação da opinião sobre os mais diversos assuntos. Na sociedade de consumo contemporânea, os meios de comunicação são utilizados como mecanismos para fomentar crenças, culturas e valores, de forma a sustentar os interesses – invariavelmente mercadológicos – que representam.”

²⁵ GARLAND, David. *La Cultura del control: crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. 1. ed. Gedisa: Barcelona, 2005. p. 45.

²⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del derecho penal*. 2. ed. reimp. Montevideo: BdeF, 2008. p. 27-29, grifo do autor: “En todo o caso, a la vista de lo acontecido en los últimos años, resulta ineludible la puesta en relación de la sensación de inseguridad frente al delito con el modo de proceder de los *medios de comunicación*. Éstos, por un lado, desde la posición privilegiada que ostentan en el seno de la ‘sociedad de la información’ y en el marco de una concepción del mundo como *aldea global*, transmiten una imagen de la realidad en la que lo lejano y lo cercano tienen una presencia casi idéntica en la representación del receptor del mensaje. Ello da lugar, en unas ocasiones, directamente a percepciones inexactas; y otras, en todo caso, a una sensación de impotencia. A mayor abundamiento, por otro lado, la reiteración y la propia actitud (dramatización, morbo) con la que se examinan determinadas noticias actúa a modo multiplicador de los ilícitos y las catástrofes, generando una inseguridad subjetiva que no se corresponde con el nivel de riesgo objetivo. Así, ha podido afirmarse con razón que “los medios, que son el instrumento de la indignación y de la cólera públicas, pueden acelerar la invasión de la democracia por la emoción, propagar una sensación de miedo y de victimización e introducir de nuevo en el corazón del individualismo moderno el mecanismo del chivo expiatorio que se creía reservado para tiempos revueltos.”

²⁷ CALLEGARI, André Luís; WERMUTH, Ângelo Dezordi. *Sistema penal e política criminal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 46: “Em decorrência de interesses meramente mercadológicos, os meios de comunicação de massa promovem um falseamento dos dados da realidade social, gerando enorme alarde ao vender o ‘crime’ como um rentável produto, respondendo as expectativas da audiência ao transformar casos absolutamente *sui generis* em paradigmas, aumentando, assim, o catálogo dos medos e, conseqüentemente e de forma simplista como convém a um discurso *vendável*, o clamor popular pelo recrudescimento da intervenção punitiva.”

imágenes conjuradas para acompañar la nueva legislación tienden a ser descripciones estereotípicas de jóvenes ingobernables, depredadores peligrosos y delincuentes de carrera incorregibles. Acompañando estas imágenes proyectadas y como una respuesta retórica a ellas, el nuevo discurso de la política criminal invoca sistemáticamente un público Heno de ira, cansado de vivir con temor, que exige medidas fuertes de castigo y protección. El sentimiento que atraviesa la política criminal es ahora con más frecuencia un enojo colectivo y una exigencia moral de retribución en lugar del compromiso por buscar una solución justa, de carácter social. La temperatura emocional de las políticas públicas se ha elevado.

A crescente criminalidade cria uma maior vitimização da sociedade, que passa a se defrontar com a sensação de impotência diante do delito e com o esquecimento e desrespeito da figura da vítima depois que o delito se perpetrou (vitimização secundária). Nota-se, também, além do aumento da criminalidade e da força dos meios de comunicação, uma pressão por parte da sociedade (grupos que representam uma parcela da população) para que se conceda mais respeito ao ofendido e que aumente sua participação nos processos criminais. Vale transcrever, nesse sentido, os ensinamentos de Ágata Maria Sanz Hermida:

En muchos ordenamientos jurídicos la participación de la víctima en el proceso penal como parte se presenta como uno de los ámbitos en los que más se ha revitalizado el debate jurídico y político en la actualidad, a los que se han sumado los medios de comunicación así como diferentes grupos sociales alarmados por el aumento de víctimas en determinados ámbitos delictivos – delitos contra la libertad sexual, delitos provenientes de organizaciones criminales nacionales y/o transnacionales, actos de terrorismo a gran escala o hechos delictivos realizados por menores, por destacar algunos de ellos –. Se defiende así por unos, una recuperación y fortalecimiento del papel de la víctima – en aquellos sistemas procesales penales en los que durante mucho tiempo ha estado monopolizado el ejercicio de la acción penal para la persecución de delitos públicos y semipúblicos por el Ministerio fiscal – y, por otros, el mantenimiento de la situación hasta ahora existente con el objeto de alejar la presencia de intereses puramente de venganza en el proceso penal.²⁸

Esse é o caso do movimento feminista, um dos grandes movimentos sociais que se organizaram e pressionaram, a partir dos anos 60 e 70,²⁹ para uma maior atenção do sistema penal em relação às vítimas mulheres.³⁰

²⁸ De acordo com, HERMIDA, Ágata Maria Sanz. *La situación jurídica de la víctima en el proceso penal*. Valencia: Tirant lo blanch, 2008. p. 66.

²⁹ PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. *Justiça restaurativa: da teoria à prática*. São Paulo: IBCCRIM, 2009. p. 47-48, grifo do autor: “Este movimento político, ressurgido na década de 60

Assim, a marginalização do ofendido dentro do processo penal (mais latente nos países do sistema *commom law*³¹) gerou inúmeros debates e reivindicações pelas partes sociais mais fragilizadas, o que culminou com a revitalização da figura da vítima dentro do processo penal. A concessão de uma maior atenção à vítima e sua reaproximação do cerne do direito processual penal pode ser percebida a partir da década de 80 no Direito alemão, reflexo de uma tendência global³² que está se encampando nos países ocidentais. Essa é a lição de Meirelle Delmas-Marty:

Uma lei em 1986 fortaleceu a situação processual da vítima, atribuindo-lhe, entre outras coisas, uma legitimidade processual. Em termos gerais, a discussão alemã sobre o assunto está de acordo com a discussão internacional quanto à situação da vítima, estando pronta a renunciar à sua neutralização. Mas, por outro lado, é preciso evitar interferências nos direitos da defesa. Daí decorre que o enriquecimento do catálogo das sanções por meio da criação de uma pena compensatória ou a institucionalização das soluções compensatórias ligadas à mediação – projetos de reforma muito discutidos e que em parte já foram antecipados pela prática – teriam repercussões sobre o processo e sobre a própria concepção do direito penal. Aparentemente, a ação civil não é a solução almejada. Apesar de sua clareza processual, ela tem desvantagens: tende a produzir conflitos entre o direito penal e o direito privado; não tem o condão de tornar confiável o condenado; e sobretudo, ela se baseia demasiadamente na iniciativa

e 70 com a introdução da *criminal injuries compensation* e com o crescimento da segunda onda do movimento feminista – que chamava a atenção para os crimes sexuais e violentos cometidos contra as mulheres –, possuía preocupações em relação às vítimas diferentes das dos primeiros vitimólogos. Preocupavam-se, principalmente, com o tratamento dispensado às vítimas no processo penal.”

³⁰ HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología*. Valencia: Tirant lo blanch; 2001. p. 203: “Como ya se dijo anteriormente en el capítulo VI, las nuevas tendencias en la moderna Criminología son, en ‘parte’, consecuencia de ‘movimientos sociales a favor de la víctima’ o, por lo menos, de algunos grupos de víctimas (especialmente de los grupos feministas), que solicitan una intervención más enérgica y eficaz del Derecho penal en la represión (y prevención) de los delitos que más les afectan.”

³¹ Salienta, a respeito do desinteresse sobre a vítima em algumas legislações, DELMAS-MARTY, Mereille. *Processo penal e direitos e direitos do homem*. Barueri: Manole, 2004. p. 96, grifo do autor: “No sistema inglês, muito diferentemente do procedimento francês, a vítima é muito mal protegida. Ela não tem o direito de ser informada – e ainda menos de ser consultada – sobre nenhum assunto relativo ao progresso do procedimento. A *prosecution* pode assim abandonar a ação ou resolvê-la através do *plea-bargaining* sem que a vítima saiba de nada além do que lê nos jornais. E se o acusado se diz inocente, a vítima é apenas uma testemunha como as outras.”

³² SOLÉ RIERA, Jaume. *La tutela de la víctima en el proceso penal*. Barcelona: José Maria Bosch, 1997. p. 16: “Pero desde una perspectiva más global, la pretensión punitiva del Estado debe acercarse al problema social y comunitario en que el delito consiste para prevenirlo y recuperar al infractor, desde luego, pero además, para reparar en lo posible el daño padecido por la víctima [...]; desde hace ya bastante años la ciencia penal pone su atención en la persona de la víctima, reclamando una intervención positiva del Estado dirigida a restaurar la situación en que se encontraba antes de padecer el delito o al menos a paliar los efectos que el delito ha producido sobre ella.”

da vítima, iniciativa da qual, em muito casos, a vítima gostaria muito de se desembaraçar.³³

É sob esse cenário que se pretende desenvolver o presente estudo, verificando os reflexos oriundos da *redescoberta* da vítima no processo penal brasileiro. Contudo, ainda antes, devem-se estudar os instrumentos internacionais que foram editados seguindo essa tendência de valorização da vítima no âmbito penal.

2.2 INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS PROTETIVOS DA VÍTIMA

Merece destaque para o presente trabalho a atuação dos organismos internacionais buscando melhorar a situação das vítimas de delitos,³⁴ pois grande parte das normas editadas (inclusive no nosso ordenamento processual penal) para uma maior proteção e atenção do ofendido seguiram o caminho de resoluções e recomendações de organizações internacionais.

Rapidamente, deve-se entender a função das organizações internacionais, assim definida por Ricardo Seitenfus:

A função primeira das organizações internacionais é de natureza deliberativa, decorrente do encontro de informações e idéias que caracterizam o esforço coletivo internacional. Muito próximas das competências jurídicas exercidas pelos Estados, elas se apresentam como competências normativas, operacionais, de controle e outras semelhantes às competências de governo, denominadas impositivas.³⁵

A situação de desamparo das vítimas de crimes e a insuficiente tutela oferecida pela lei penal e processual penal na maioria dos países ocidentais

³³ DELMAS-MARTY, Mereille. *Processo penal e direitos e direitos do homem*. Barueri: Manole, 2004. p. 81-82.

³⁴ De acordo com, SANTOS, Thomas Francisco Silveira de Araujo. *As reparações às vítimas no Tribunal Penal Internacional*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2011. p. 74: “Diversos documentos internacionais e regionais de direitos humanos adotados desde o fim da Segunda Guerra Mundial previam um direito às vítimas de buscarem reparações por danos sofridos em virtude de violações de seus direitos básicos. Muitas vezes, contudo, tais documentos tratavam o direito a reparações de uma forma um tanto quanto indireta, muitas vezes voltada ao exercício desse direito no âmbito interno, fazendo com que a menção específica a reparações e suas diversas modalidades fosse mais uma exceção que uma regra”.

³⁵ SEITENFUS, Ricardo Antônio Silva. *Manual das organizações internacionais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 65.

foram alvo de grandes movimentos em favor dos ofendidos, o que elevou o assunto ao patamar de interesse das organizações internacionais.

O esquecimento em relação à vítima não é exclusividade dos países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento. Trata-se de questão que afetava tanto os países que adotaram o sistema da *commom law* quanto os países que se utilizavam do sistema germânico, e, por esse motivo, os organismos internacionais, como a ONU e o Conselho da Europa, editaram resoluções e recomendações,³⁶ a fim de melhorar a situação das vítimas de delitos. Assim, analisa-se a contribuição de cada órgão internacional na tentativa de melhorar as legislações internas dos países-membros e, pelo menos, diminuir o problema do esquecimento da figura da vítima.

2.2.1 Âmbito da ONU

Ao tratar da vítima criminal no âmbito dos instrumentos internacionais, deve-se adotar uma visão sobre a violação de direitos humanos, ou seja, quando o Estado deixa de cumprir com a sua função (interna) de proteção dos direitos fundamentais convencionados nos acordos internacionais. Assim, quando uma convenção garante um direito como fundamental, o Estado signatário se compromete em não o violar e, juntamente, protegê-lo,³⁷

³⁶ Estabelecendo uma diferença entre recomendações e resoluções, SEITENFUS, Ricardo Antônio Silva. *Manual das organizações internacionais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 141-142: “As manifestações da vontade da Assembleia Geral se materializará através de resoluções. Elas se contrapõem às decisões emanadas do Conselho de Segurança. Estas últimas são impositivas, e todos os Estados-membros devem acatá-la. Caso não o fizerem, correrão o risco de sofrer sanções por parte da ONU. A natureza das resoluções oriundas da Assembleia é bastante distinta. Trata-se unicamente de recomendações feitas aos Estados-membros ou ao Conselho de Segurança, ausente qualquer elemento de constrangimento.”

³⁷ SANTOS, Thomas Francisco Silveira de Araujo. *As reparações às vítimas no Tribunal Penal Internacional*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2011. p. 85, grifo do autor: “É importante notar que os Princípios Básicos se referem às relações entre Estado e indivíduos, dando maior atenção, às obrigações internacionais que aqueles assumem frente a esses. Em termos gerais, a obrigação primária assumida pelo Estado é a de não violar os direitos humanos dos indivíduos, ou seja, *um dever de abstenção*, enquanto que a obrigação secundária é a de garantir o respeito a tais direitos, *um dever de proteção*, sendo que esta última pode ser dividida em quatro obrigações específicas: a prevenção das violações; a investigação, julgamento e punição dos responsáveis; o acesso efetivo à justiça para todos os indivíduos alegando violações; e disponibilização de reparações para as vítimas. Portanto, a maior parte do documento dá atenção às obrigações de proteção dos direitos humanos, sempre procurando adotar a *visão da vítima* do que a reparação deve alcançar.”

concedendo, ainda, jurisdição aos tribunais internacionais para analisar os casos de violação. Nessa perspectiva é que se propõe analisar, primeiro, as Convenções Internacionais que garantem direitos fundamentais (os quais, por óbvio, também protegem as vítimas) e as principais convenções que concedem direitos específicos às vítimas criminais para, posteriormente, analisar a postura dos Tribunais Internacionais quando houver o descumprimento dos acordos.

A ONU (Organizações das Nações Unidas),³⁸ a fim de implementar uma nova política nos seus países-membros, pode-se valer de dois instrumentos, quais sejam: as convenções da Assembleia Geral, na qual o país signatário se obriga a cumprir as determinações definidas pela Assembleia; e as recomendações nas quais não há uma exigência aos países-membros, mas um caminho que deveria ser trilhado.³⁹

Com efeito, a Declaração Universal de Direitos do Homem da ONU, redigida em 1948, traz uma série de direitos fundamentais a fim de sustentar a dignidade da pessoa humana. Nessa primeira carta internacional⁴⁰ já existe referência, mesmo que de forma indireta,⁴¹ à reparação de danos à vítima. Contudo a primeira manifestação direta da ONU em relação à vítima de crimes foi no ano de 1985, no 7º Congresso da Organização das Nações Unidas, com uma abordagem no contexto das vítimas de abuso de poder. O resultado desse Congresso foi a recomendação de publicação, pela Assembleia Geral das Nações Unidas, da *Declaração dos princípios fundamentais de justiça relativos*

³⁸ A ONU foi criada em 24 de outubro de 1945, após a segunda Guerra Mundial, com propósito semelhante a Conferência de Paz de Versalhes e a criação da Liga das Nações, ocorrido após a primeira Guerra Mundial.

³⁹ De acordo com OLIVEIRA, Odete Maria de. *Problemática da vítima de crimes: reflexos no sistema jurídico português*. Lisboa: Rei dos Livros, 1994. p. 46. “Enquanto as convenções vinculam os Estados-membros, as recomendações limitam-se a ser um convite àquelas para que conformem sua política com o conteúdo das mesmas. Porém estas Recomendações podem ser de grande auxílio não só para o legislador nacional, mas também para o aplicador da lei na busca das soluções legais e concretas mais adequadas aos complexos fenômenos sociais, culturais e jurídicos a que normalmente se reportam.

⁴⁰ Nesse sentido, SANTOS, Thomas Francisco Silveira de Araujo. *As reparações às vítimas no Tribunal Penal Internacional*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2011. p. 77: “Diversas convenções de Direitos Humanos também trataram da questão de recurso efetivo e da possibilidade, ainda que muitas vezes indireta, de vítimas buscarem reparações por terem seus direitos violados.”

⁴¹ Declaração Universal de Direitos do Humanos. Art. 8. Toda pessoa tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei.

às vítimas da criminalidade e às vítimas de abuso de poder, o que ocorreu por meio da Resolução A/RES/40/34,⁴² a qual foi aprovada, por unanimidade, pelos estados-membros.⁴³

Merece destaque alguns itens da referida Resolução, os quais refletem a nítida preocupação das Nações Unidas em relação às vítimas da criminalidade, quando: (item 1) *afirma a necessidade de adoção, em nível nacional e internacional, de medidas que visem garantir o reconhecimento universal e eficaz dos direitos das vítimas da criminalidade e de abuso de poder;* e (item 2) *sublinha a necessidade de encorajar todos os Estados a desenvolverem os esforços feitos com esse objetivo, sem prejuízo dos direitos dos suspeitos ou dos delinquentes.*

Já no item 3, a Resolução 40/34 *adota a Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder, que consta em anexo à presente resolução, e que visa ajudar os Governos e a comunidade internacional nos esforços desenvolvidos, no sentido de fazer justiça às vítimas da criminalidade e de abuso de poder e no sentido de lhes proporcionar a necessária assistência.* A importância desse item 3 é revelada pela declaração dos princípios básicos às vítimas onde se encontram o acesso à justiça e o tratamento equitativo; a necessidade de melhora dos aparelhos jurídico e administrativo para responder às necessidades das vítimas; a obrigação de restituição, reparação indenização às vítimas, entre outras medidas.

⁴² De acordo com SCHNEIDER, Hans Joachim. La posición jurídica de la víctima. Doctrina Penal: teoría y práctica en las Ciencias Penales, local, ano 12, n. 46/47, p. 307-330, abr./set. 1989. p. 323: “En el sentido, el séptimo ‘United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of offenders’, que tuvo lugar en Milán desde el 26 de agosto al 6 de setiembre de 1985, recomendó a la Asamblea General de las Naciones Unidas la publicación de una ‘Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power’ (United Nation, 1986, 43-48). Este documento ha sido marcado en su contenido por las actividades de la ‘World Society of Victimology’. Los esfuerzos de la ‘World Society of Victimology’ por la publicación de una declaración sobre derechos de la víctima por medio de las Naciones Unidas habían comenzado ya en 1982 en el 4º Simposio Internacional sobre Victimología en Tokio y Kyoto, y habían sido continuados en los ‘International Workshops on Victim Rights’, que tuvieron lugar en 1984 y 1985 en Dubrovnik (Yugoslavia).

⁴³ Segundo, OLIVEIRA, Odete Maria de. *Problemática da vítima de crimes: reflexos no sistema jurídico português*. Lisboa: Rei dos Livros, 1994. p. 48, grifo do autor: “Como salienta Matti Joutsen, o facto de a *Declaração* ter sido aprovada por unanimidade reflète o reconhecimento

Por fim, no item 4, a Resolução solicita aos estados-membros medidas necessárias para diminuir a vitimização, como medidas de assistência social saúde, e medidas especiais para a prevenção criminal.

A Resolução 40/34 da ONU, apesar da sua aprovação de forma unânime entre os estados-membros, não possuiu efeito imediato nas legislações dos estados, o que pode ser notado a partir das Resoluções 1989/57 e 1990/22 do Conselho Econômico e Social, as quais solicitam ao Secretário-Geral da ONU o acompanhamento das políticas e das investigações sobre a situação da vítima, a fim de aplicar, efetivamente, a Resolução 40/34. Para além dessas duas resoluções do Conselho Econômico e Social, destaca-se a Resolução do Oitavo Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes realizado em Havana, Cuba, em setembro de 1990. Os destaques dessa resolução são os itens 3 e 4 que, respectivamente: *Solicita aos Estados que tomem em conta, na elaboração da respectiva legislação nacional, as disposições da Declaração dos Princípios de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder; bem como, recomenda que os Governos procurem fornecer às vítimas da criminalidade e de abuso de poder serviços de ajuda pública e social e estimulem a elaboração de programas de assistência, de informação e de indenização, adaptados à respectiva cultura.*

Dessa forma, percebe-se a influência da ONU, por meio de seus instrumentos internacionais, nas legislações dos estados, especialmente na lei brasileira, com base nas alterações legislativas realizadas pelas Lei 11.690/09 e 11.719,⁴⁴ as quais buscam conceder uma maior proteção e atenção à vítima, bem como inseriram a fixação da reparação do dano já na sentença penal condenatória.

da aceitação dos seus princípios como elementos da própria política criminal dos Estados-membros.”

⁴⁴ A Lei 11.690/08 reconheceu o direito da vítima sobre a comunicação de atos processuais; concedeu um espaço reservado para antes das audiências, bem como tratamento multidisciplinar a critério do juízo. A Lei 11.719/08 buscou, por meio da inclusão do inc. IV no art. 387 do CPP, conceder uma rápida resposta à vítima, incluindo a reparação dos danos na sentença penal condenatória.

2.2.2 Âmbito do Conselho da Europa

Cabe destacar inicialmente que o Conselho da Europa foi criado no ano de 1949, com o objetivo de propiciar um espaço democrático e político comum no continente europeu, garantindo o respeito aos princípios fundamentais dos direitos humanos, democracia e estado de direito. Atualmente o Conselho da Europa possui 47 estados-membros.⁴⁵

A preocupação do Conselho da Europa com a criminalidade levou à criação do Comitê Europeu para os Problemas Criminais, em 1956. As primeiras resoluções em matéria criminal foram editadas em 1962,⁴⁶ contudo, somente a partir do anos 70, o Conselho da Europa lançou seu olhar sobre a situação das vítimas da criminalidade.

Entre as principais medidas adotadas pelo Conselho da Europa, algumas se destacam, como, por exemplo: Resolução (77) 27, de 28/09/1977 – sobre a indenização às vítimas de infrações criminais; Convenção Europeia, de 24 de Novembro de 1983, indenização pelo Estado às vítimas de crimes violentos; Recomendação N^o R (85) 4, de 26/03/1985 – prevenção de violência no seio da família; Recomendação N^o R (85) 11, de 28/06/1985 – posição da vítima no ordenamento penal e processual penal; Recomendação N^o R (87) 21, de 17/09/1987 – assistência às vítimas de crimes e prevenção da vitimização.

A Resolução (77) 27 de 28/09/1977 trouxe uma grande contribuição para a figura da vítima, pois o Conselho da Europa demonstrou, para seus estados-membros, a necessidade de uma política uniforme para indenizar as vítimas de delitos. A preocupação do Conselho da Europa surge do reconhecimento de que a vítima não é reparada pelo delito, ou, quando reparada, não é de forma integral, pois ou o infrator é desconhecido ou não tem bens. No conjunto de

⁴⁵ Informações extraídas do site <http://www.coe.int/>, com acessado em 29 de março de mar. 2011.

⁴⁶ Nesse sentido, OLIVEIRA, Odete Maria de. *Problemática da vítima de crimes: reflexos no sistema jurídico português*. Lisboa: Rei dos Livros, 1994. p. 30-31, grifo do autor: “A criação no ano de 1956 do *Comité Européen pour les Problèmes Criminels* determinou que, a partir de então, a atividade do Conselho da Europa tenha sido motora de profundas alterações na área

princípios formulado pelo Conselho da Europa, o primeiro, e mais importante, afirma que, *se por outros meios não for possível obter a indemnização das vítimas, o Estado deverá contribuir para a sua efectivação.*⁴⁷

A indenização da vítima foi traduzida de um ponto de vista diferente pela Convenção Europeia, de 24 de novembro de 1983, quando entendeu que o pagamento da indenização ao ofendido responde não apenas pelo ressarcimento do dano, mas, também, como elemento de pacificação do conflito entre a vítima e o autor do delito. Além disso, a reparação do dano à vítima ajuda a excluir o sentimento de injustiça proporcionado pela ocorrência do delito que ficou na sociedade, o que permite aderir a uma política criminal menos repressiva, contudo mais eficaz. Nesse sentido o Conselho da Europa conclui pela intervenção do Estado no sentido de assegurar a indenização ao ofendido, o que se impõe pelos princípios da solidariedade social e da equidade.⁴⁸

Já a Recomendação nº (85) 11, a qual foi adotada pelo Comitê de Ministros, busca uma nova visão sobre o posicionamento da vítima no processo penal, pois o próprio sistema, em si, proporciona a vitimização secundária; e o objetivo de se atingir a justiça penal não será alcançado sem proteger os interesses das vítimas. Essa recomendação, além de incentivar que os estados-membros revisem suas legislações para adotar algumas linhas de atuação,

das ciências criminais. Assim, desde 1962, o Comitê de Ministros do Conselho da Europa adotou mais de duas dezenas de Resoluções relativas a questões criminais.”

⁴⁷ Os outros princípios diretores, segundo OLIVEIRA, Odete Maria de. *Problemática da vítima de crimes: reflexos no sistema jurídico português*. Lisboa: Rei dos Livros, 1994. p. 27, grifo do autor, são: *b. Relativamente às infracções penais geradoras de lesões corporais, os danos resultantes de uma actuação intencional deverão ser cobertos, ainda que não possa ser instaurado procedimento criminal contra o agressor; c. A indemnização poderá realizar-se através do recurso à segurança social, a regimes específicos de indemnização ou ao seguro; d. A indemnização deverá ser a mais completa possível, tendo em conta a natureza e as consequências do prejuízo; e. O âmbito da indemnização deverá abranger não só danos emergentes como lucros cessantes, aumento de encargos, despesas médicas e de reeducação, bem como dívidas com o funeral; f. Se a determinação da indemnização se mostrar demorada, deverá ser arbitrada uma provisão inicial em caso de urgência; g. Apesar de o Estado poder ficar sub-rogado nos direitos da vítima, tal não poderá pôr em causa a reinserção social do agressor.*

⁴⁸ OLIVEIRA, Odete Maria de. *Problemática da vítima de crimes: reflexos no sistema jurídico português*. Lisboa: Rei dos Livros, 1994. p. 35-36.

também acentua a necessidade de se investigarem as vantagens de utilização dos recursos de mediação ou conciliação.⁴⁹

Ainda no âmbito do Conselho da Europa, após recomendações sobre a indenização à vítima e a posição da vítima no processo penal, identifica-se a Resolução nº (87) 21, a qual aborda o problema da vitimização, reconhecendo seu alto índice e suas diversas consequências nos cidadãos. Nesse ponto, o Conselho da Europa reconhece a insuficiência da resposta concedida pelo Estado, sugere algumas medidas,⁵⁰ depositando especial atenção à intervenção de instituições privadas, do próprio cidadão e de alguns departamentos públicos que não estão diretamente atrelados ao atendimento da vítima de crimes. Nessa recomendação pode-se, novamente, perceber a indicação do Conselho da Europa em incentivar a mediação/conciliação da vítima com o autor do fato.

Uma das mais recentes (e mais completas) regulamentações do Conselho da Europa sobre a matéria traz um estatuto da vítima no processo penal. Trata-se da Decisão-Quadro⁵¹ do Conselho de 15 de março de 2001 (2001/220/JAI), na qual se abordam os seguintes itens: respeito e reconhecimento; a

⁴⁹ OLIVEIRA, Odete Maria de. *Problemática da vítima de crimes: reflexos no sistema jurídico português*. Lisboa: Rei dos Livros, 1994. p. 40-41.

⁵⁰ Segundo, OLIVEIRA, Odete Maria de. *Problemática da vítima de crimes: reflexos no sistema jurídico português*. Lisboa: Rei dos Livros, 1994. p. 43: as medidas são as seguintes: (a) verificar as reais necessidades das vítimas e taxas de vitimação, mediante o recurso a inquéritos e estudos de vitimação, por forma a que os serviços e estruturas de apoio às vítimas de crimes se desenvolvam de modo adequado; (b) sensibilizar a opinião pública para as necessidades vividas pelas vítimas de crimes e promover o impulso de solidariedade na comunidade em geral e, em particular, nos espaços sociais em que a vítimas está integrada; (c) fazer o levantamento das respostas comunitárias públicas e privadas existentes na comunidade e com aptidão para intervirem nesta área, dando que a necessidade de uma actuação coordenada e eficaz exige prévio conhecimento dos meios disponíveis e que estes se conheçam mutuamente e sejam conhecidos da comunidade; (d) criar, desenvolver e apoiar serviços de apoio às vítimas de crimes, tendo presente que, por vezes, as características das vítimas ou do tipo de crime sofrido pode justificar a criação de serviços específicos de apoio, como é o caso dos destinados à proteção das crianças e das mulheres; (e) encorajar o voluntariado, providenciado também pela sua correta seleção e formação; (f) favorecer a criação de organizações nacionais que visem a promoção dos interesses das vítimas, sem esquecer a necessidade de intervenção coordenada de todas as entidades públicas ou privadas envolvidas no processo; (g) promover que a prevenção criminal, embora no quadro de uma prevenção nacional e internacional, incida cada vez mais na prevenção a nível local, nomeadamente com expressão a nível dos programas de bairro; (h) promover a mediação vítima/agressor e avaliar os resultados desta nova intervenção, particularmente no que respeita o grau de satisfação do interesse da vítima.

⁵¹ O Conselho da Europa utiliza a Decisão-quadro a fim de aproximar disposições legislativas e regulamentares dos Estados-Membros. Essa decisão-quadro tem o poder de vincular os Estados-Membros em relação ao resultado final.

possibilidade de a vítima apresentar provas; o direito de receber informações sobre o processo; assistência específica à vítima; reembolso das despesas da vítima com o processo penal; direito à proteção; direito à indenização dentro do processo penal, entre outras medidas.

Essas são algumas das resoluções que demonstram a preocupação e o comprometimento do Conselho da Europa em relação à situação das vítimas de crimes, à medida que, de longa data, procura estudar a melhor forma de tratamento às vítimas de delitos. Nessa medida, deve-se, então, analisar o posicionamento da Corte Europeia de Direitos Humanos quando enfrenta casos de violação aos direitos da vítima.

2.2.3 Tribunal Europeu de Direitos do Homem

O Tribunal Europeu de Direitos do Homem, sediado em Estrasburgo na França, foi instituído no ano de 1959 pela Convenção Europeia de Direitos do Homem, com o objetivo de controlar e garantir o respeito aos direitos fundamentais lá expostos. Outras duas instituições também compartilhavam essa responsabilidade, a saber: Comissão Europeia de Direitos do Homem e o Comitê de Ministros do Conselho da Europa (o qual, no final dos anos 90, perdeu seu poder decisório, a fim de conceder mais competência para o Tribunal Europeu de Direitos do Homem).

Após alguns anos, com a crescente demanda de processos, especialmente em face do aumento de Estados em sua composição, o Tribunal Europeu de Direitos do Homem modificou sua estrutura, passando (atualmente) a possuir 47 julgadores, mesmo número de Estados signatários (art. 20 da CEDH). Os processos perante o Tribunal podem ter início (após exaurida todas as instâncias internas) com uma denúncia estatal ou mesmo com uma particular, contra estado-membro que tenha violado os direitos fundamentais expostos na Convenção Europeia de Direitos do Homem (ou nos seus adendos).⁵²

⁵² Informações históricas retiradas de: EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Strasbourg: ECHR, 2011. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/echr/Homepage_Em>. Acesso em: 23

A natureza e o objetivo do Tribunal Europeu de Direitos do Homem relacionam-se, em certa medida, com a figura da vítima, pois seu esquecimento por parte do Estado afronta, diretamente, alguns dos direitos fundamentais expostos na CEDH, como por exemplo: o direito à vida; o direito à liberdade e segurança; o direito a um processo equitativo; proibição da discriminação, entre outros. Mais especificamente, pode-se dizer que o isolamento e o descaso do Estado para com a vítima afrontam os direitos de investigação, julgamento e punição (se for o caso) dos responsáveis, bem como o acesso à justiça.

O TEDH, conforme art. 32 da CEDH, possui competência para analisar todas as questões relativas à interpretação ou à aplicação da Convenção Europeia de Direitos do Homem. Com efeito, suas decisões buscam garantir o cumprimento, por parte dos estados-membros, dos direitos fundamentais determinados no Conselho da Europa.⁵³ A grande parcela das sanções impostas pelo TEDH aos estados-membros constitui-se na reparação do dano⁵⁴ (como gênero⁵⁵), pois reconhece a violação aos direitos fundamentais e sua

ago. 2011; TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM. História. Lisboa: GDDG, c2001. Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/sist-europeu-dh/cons-europa-tedh.html>>. Acesso em: 23 ago. 2011.

⁵³ FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 106: “A reiterada jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) aponta no sentido de que os Estados têm obrigações positivas voltadas a garantir, perante ataques de terceiros (particulares), o efetivo respeito aos direitos consagrados no Convênio Europeu de Direitos Humanos (CEDH), de 04/11/1950. No que toca ao direito à vida, por exemplo, consagrado no art. 2º do CEDH, a Corte Europeia definiu com clareza que ‘os Estados têm o dever primordial de assegurar o direito à vida, estabelecendo uma legislação penal tendente a dissuadir a prática de atentados às pessoas, a qual encontre apoio em um mecanismo de prevenção, repressão e sanção de agressões dessa natureza’ [*Osman vs. The United Kingdom* (87/1997/871/1083), Strasbourg, 28/10/1998].”

⁵⁴ De acordo com, SANTOS, Thomas Francisco Silveira de Araujo. *As reparações às vítimas no Tribunal Penal Internacional*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2011. p. 66-67, grifo do autor: “E, juntamente com a idéia de direitos humanos, nasce a idéia de responsabilização internacional dos Estados que violam tais direitos e o dever de reparar tais violações. Consequentemente, a reparação torna-se um direito do indivíduo lesado pela conduta do Estado, devendo, então, adaptar-se agora à realidade da relação entre indivíduo e o Estado. Dessa forma, a reparação é, ao mesmo tempo, um direito a ser exercido pela vítima e um dever a ser cumprido pelo Estado quando da sua responsabilização internacional, um direito humano reconhecido como tal pelo direito internacional e uma das bases da teoria da responsabilização internacional.”

⁵⁵ Segundo SANTOS, Thomas Francisco Silveira de Araujo. *As reparações às vítimas no Tribunal Penal Internacional*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2011. p. 68. “No que diz respeito a violações de direitos humanos, a reparação pode não apenas tomar a forma de indenizações, havendo outras modalidades possíveis, como a satisfação, a cessação do ilícito e as garantias de não-repetição, pois, dada a natureza dos direitos violados, as reparações meramente pecuniárias pode ser insuficientes. Nesse sentido, os tribunais de direitos humanos,

responsabilidade internacional, concede uma reparação à vítima e funciona como um alerta para que o Estado volte a respeitar o direito fundamental violado. Nesse sentido, é a lição de Thomas Francisco Silveira de Araujo Santos:

Em suma, a regra é que a reparação integral é sempre a melhor opção para fazer cessar as consequências do ilícito, sendo outras formas de reparação, como a indenização, por exemplo, possíveis substitutos à *restitutio in integrum* quando esta não puder ser implementada. Depreende-se da leitura da decisão da CPJI 'que o dever de reparação é o complemento indispensável do descumprimento de uma obrigação convencional', ou seja, o dever de reparar é uma obrigação nova e adicional que se soma à obrigação primária de respeito a determinada norma cuja violação é o ilícito internacional.⁵⁶

Em outras demandas, o TEDH entendeu que o Estado deve adotar medidas penais para evitar certos crimes, pois sua resposta no caso concreto foi considerada insuficiente, o que se traduz em uma proteção maior às vítimas daqueles delitos. Por exemplo, houve em 1985, na Holanda um caso em que uma menina, com dezesseis anos, deficiente mental, e o pai moveram uma ação julgada pelo TEDH, que absolveu os acusados de molestar sexualmente a menina à vista de que a representação deveria ser apresentada pela vítima. A lei holandesa nada falava sobre a representação de vítimas portadoras de doença mental, e o Tribunal holandês entendeu que qualquer analogia para estender a possibilidade de representação seria considerada uma analogia para prejudicar os acusados e, portanto, os absolveu. Esse caso foi alçado ao TEDH, o qual entendeu que apenas a lei civil holandesa era insuficiente para essa situação, sendo necessária a sanção penal para evitar outros delitos semelhantes.

Outro caso a ser destacado, agora no âmbito das obrigações processuais que o Estado possui: o TEDH condenou o Estado da Eslovênia a indenizar a família da vítima que faleceu nas mãos de profissionais da saúde.⁵⁷ A

principalmente a CIDH, têm desenvolvido uma extensa e coesa jurisprudência em reparações individuais e coletivas a violações de direitos humanos.”

⁵⁶ SANTOS, Thomas Francisco Silveira de Araujo. *As reparações às vítimas no Tribunal Penal Internacional*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2011. p. 64-65, grifo do autor.

⁵⁷ Caso SILIH vs. Eslovênia, julgado em 9 de abril de 2009. Inteiro teor do julgamento no site: http://www.icam.es/docs/web3/doc/ASUNTO_SILIH_ESLOVENIA.pdf.

condenação foi proferida, pois o Estado tem a obrigação de levar a cabo (de forma célere) uma investigação para prever a possibilidade de ingresso com ação penal ou civil. Segundo a Corte, a Eslovênia violou, ao não investigar de forma adequada o fato *in thesi* delituoso, o art. 2º do CEDH, o qual exige que o direito à vida seja protegido pela lei. No julgado, o TEDH afirmou que:

En el contexto de las negligencias médicas, el Tribunal interpretó que la obligación procesal derivada del artículo 2 imponía al Estado la instauración de un sistema judicial eficaz que permitiera, en caso de fallecimiento de un individuo que se encontrara en manos de profesionales sanitarios, establecer no solo la causa de dicho fallecimiento, sino también cualquier eventual responsabilidad de estas personas (Calvelli y Ciglio, mencionada, § 49). Mais adiante no julgado, el Tribunal estima que las autoridades nacionales no trataron la queja de los demandantes ligada al fallecimiento de su hijo con el nivel de exigencia requerido por el artículo 2 del Convenio. En consecuencia, reconoce la violación de esta disposición en su aspecto procesal y rechaza la excepción preliminar del Gobierno relativa a la falta de agotamiento de los recursos civiles internos en lo que concierne al aspecto procesal del artículo 2.⁵⁸

Dessa forma, os dois casos citados demonstram a importância do papel do TEDH, que fiscaliza a aplicação, nos seus estados-membros, dos direitos fundamentais expostos na CEDH. É fato que a correta aplicação desses direitos fundamentais contribuiu, cada vez mais, para o fortalecimento e proteção da vítima criminal, seja condenando o Estado por uma resposta judicial insuficiente ao caso concreto, ou sancionando o Estado por sua displicência ao investigar e tratar com a vítima criminal (ou seus familiares).

2.2.4 Corte Interamericana de Derechos Humanos

No final do ano de 1969, na Costa Rica, foi celebrada a Conferência Especializada Interamericana de Derechos Humanos. Nessa oportunidade, 25 nações do continente americano assinaram a Convenção Interamericana de Derechos Humanos.⁵⁹ Com o objetivo de aplicar e interpretar a Convenção

⁵⁸ Extraído de: COLÉGIO DE ABOGADOS DE MADRID. Silin x Eslovênia. Madrid: ICAM; c2008. Disponível em: <www.icam.es/docs/web3/doc/ASUNTO_SILIH_ESLOVENIA.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2011.

⁵⁹ Explicando o caráter inovador da Convenção Americana de Derechos Humanos sobre reparações às vítimas, SANTOS, Thomas Francisco Silveira de Araujo. *As reparações às vítimas no Tribunal Penal Internacional*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2011. p. 79: “Em matéria de reparações, contudo, o instrumento mais importante no âmbito regional é a

Americana de Direitos Humanos, a Corte realizou sua primeira reunião em 29 de junho de 1979. Com esse mesmo objetivo, já existia a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, criada em 1959. Compete à Corte Interamericana de Direitos Humanos julgar os estados signatários denunciados por violações aos direitos fundamentais instituídos na Convenção Americana de Direitos Humanos.

Expondo a importância da CIDH, Thomas Francisco Silveira de Araujo Santos afirma:

Desde que foi criada, em 1979, a CIDH tornou-se o principal órgão do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, tendo já proferido mais de uma centena de decisões relativas a exceções preliminares, competência, mérito, reparações e interpretações de sentença. De todas as questões, as que assumem maior importância no contexto do presente trabalho são, obviamente, as decisões concernentes às reparações por violações de direitos humanos, pois a CIDH tem sido pioneira no desenvolvimento e expansão do direito à reparação para as vítimas, notadamente a partir da segunda metade da década de 1990, quando suas decisões transcenderam as formas mais comuns de reparação, como a indenização, e passaram a abarcar inclusive categoriais novas de dano e reparações.⁶⁰

Nesse contexto, mostra-se pertinente a citação de dois julgamentos ocorridos perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, nos quais se verifica o nítido objetivo da Corte em reafirmar os direitos das vítimas criminais. Nos dois julgados, o Brasil foi condenado por violações de direitos humanos. Salienta-se, por oportuno, que os julgamentos citados se referem a violações de

Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, que, em seu artigo 63 (1), estabelece que, uma vez determinada a violação de um direito ou liberdade previsto na Convenção, a CIDH determinará que seja garantido à vítima o pleno exercício do direito ou liberdade violado, e poderá decidir pela reparação das consequências da medida ou situação que configure a violação aos direitos humanos, bem como o pagamento de indenização à vítima. O caráter inovador dessa disposição pode ser explicado por pelo menos três motivos. Em primeiro lugar, a garantia do pleno exercício do direito ou liberdade violado é dada pela CIDH, um tribunal internacional, e deve ser seguida pelos tribunais nacionais do Estado da vítima, não sendo mais exclusividade do Estado prestar essa garantia, como em outras convenções internacionais. Em segundo lugar, a Convenção Americana fala em reparação das consequências acrescida de uma indenização à vítima, diferenciando as formas de reparação e ainda aventando a possibilidade de cumulação dessas formas quando for adequado. Por fim, como será visto na análise da jurisprudência da CIDH, ela reconhece não só haver um direito das vítimas a reparações, mas um dever do Estado em prestá-las advindo da violação da obrigação internacional por ele assumida.”

⁶⁰ SANTOS, Thomas Francisco Silveira de Araujo. *As reparações às vítimas no Tribunal Penal Internacional*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2011. p. 90.

direitos fundamentais reconhecidos às vítimas criminais pela Convenção Americana de Direitos Humanos.

O primeiro envolve uma reclamação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos contra o Brasil perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, por violação aos direitos fundamentais de Damião Ximenes Lopes. Damião foi internado em uma clínica psiquiátrica na localidade de Sobral/CE. Nessa clínica, que atendia paciente do Sistema Único de Saúde (SUS), o Sr. Damião foi submetido a condições desumanas e degradantes - ataques à sua integridade física por parte dos funcionários do hospital - e, posteriormente, morreu no próprio hospital. Isso tudo sem qualquer investigação dos órgãos responsáveis. Na sentença condenatória, a CIDH afirmou que o Brasil violou: os direitos fundamentais à vida e a integridade pessoal de Damião; os direitos fundamentais à integridade física e as garantias judiciais e de proteção judicial dos familiares de Damião, consagrados na Convenção Americana de Direitos Humanos. Para tanto, a CIDH condenou o Brasil a garantir, em um prazo razoável, um processo destinado a investigar e sancionar os responsáveis pelos fatos narrados, além de fixação de indenização aos familiares, entre outras providencias.⁶¹

Outro caso emblemático envolvendo o Brasil na CIDH é o caso Garibaldi vs. Brasil, no qual se debatem deveres de investigação criminal, previstos nos arts. 8 (garantias judiciais) e 25 (proteção judicial) da Convenção Americana de Direitos Humanos. A vítima Sétimo Garibaldi, integrante do Movimento Sem Terra (MST), foi assassinado na madrugada do dia 27 de novembro de 1998, por homens encapuzados que invadiram o acampamento no Município de Querência do Norte, Estado do Paraná. Após inúmeros pedidos de diligências, o Ministério Público, em maio de 2004, requereu o arquivamento do inquérito policial, o que foi deferido pelo Juízo Criminal. O presente caso foi levado à CIDH, a qual, em 23 de setembro de 2009, condenou o Brasil, em face da violação aos arts. 8 e 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos,

⁶¹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Ximenes Lopes: sentença de julho de 2006. Costa Rica: CIDH; 2011. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2011.

determinando que a investigação do caso deve ser conduzida de forma eficaz e dentro de um prazo razoável, a fim de identificar, julgar, e, eventualmente, punir os responsáveis pela morte da vítima e investigar se não houve falta funcional das pessoas que participaram da investigação do caso de Sétimo Garibaldi. Também, foi fixada uma indenização, por dano moral e imaterial, e a restituição de custas e gastos do processo, para a família Garibaldi.⁶²

Por fim, ainda deve-se recordar que o Brasil foi responsabilizado internacionalmente perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em relação ao caso Maria da Penha Maia Fernandes, quando foram recomendadas reformas na legislação penal, a fim de evitar a tolerância estatal nos casos de violência doméstica. Mais adiante, abordar-se-á, com mais profundidade, a legislação criada com base na condenação internacional sofrida pelo Brasil.

Esses dois casos da CIDH, bem como os casos citados do TEDH, revelam o comprometimento das Organizações Internacionais para com a figura da vítima criminal, reconhecendo e condenando Estados, por violações às convenções de direitos humanos, em face do descaso em relação às vítimas, ou seja, por falta de proteção e de garantias judiciais. Essa, então, é a atual posição da vítima criminal que volta ao centro das atenções no processo penal, após um longo tempo de esquecimento.

⁶² CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Garibaldi: sentença de novembro de 2009. Costa Rica: CIDH; 2011. Disponível em: < www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_203_por.pdf >. Acesso em: 18 jun. 2011.

3 A VÍTIMA NO ORDENAMENTO JURÍDICO CRIMINAL

Ao finalizar o estudo sobre a história da vítima criminal ao longo dos tempos e seu reposicionamento (no processo), bem como sobre os motivos e também as tendências internacionais geradas por organismos internacionais de defesa dos direitos humanos (ONU, Conselho da Europa e Cortes Internacionais de Direitos Humanos), é mister iniciar a análise da posição da vítima no ordenamento jurídico brasileiro, e o reflexo das últimas modificações legislativas, as quais, nitidamente, se encaixam na trilha da tendência mundial de reposicionamento da vítima criminal.

Nesse capítulo, dar-se-á maior relevância e aprofundamento, em face da linha de pesquisa adotada pelo presente trabalho, para a situação jurídica da vítima durante o processo penal, ou seja, direitos processuais concedidos às vítimas criminais. Entretanto, ainda que rapidamente, devem-se estudar dois pontos do Código Penal brasileiro, os quais concedem direitos às vítimas criminais.

3.1 A VÍTIMA NO CÓDIGO PENAL

Inicialmente, como se constata, a figura da vítima criminal possui pequeno destaque no Código Penal, até mesmo porque as leis materiais não se destinam a proteger direitos da vítima, mas, sim, eleger os bens jurídicos relevantes da sociedade que exigem uma proteção do Estado, bem como delimitar a punição daqueles que atingirem o bem jurídico penalmente protegido.⁶³ Essa preocupação do Direito Penal com a vítima deve-se ao fato de que a norma material lhe garante uma indenização decorrente de uma sentença condenatória, como veremos a seguir.

⁶³ Complementando, HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 1, t. 1, p. 96, grifo do autor: “A ciência do direito penal somente pode consistir no estudo da lei penal em sentido lato ou do complexo de normas jurídicas mediante as quais o Estado manifesta seu propósito de coibir a delinquência, indicando os fatos que a constituem, as condições da responsabilidade e culpabilidade penal, as sanções repressivas ou preventivas.”

Antes, contudo, verifica-se que o Código Penal se utiliza da vítima no momento de aplicação da pena. A primeira forma encontra-se prevista no seu art. 59, quando permite que o comportamento da vítima seja considerado para fins da fixação da pena de acordo com a sua participação no delito.⁶⁴ Também, o comportamento da vítima pode constituir uma circunstância atenuante, conforme art. 65, inc. II, c, *in fine* (quando o crime for cometido sob influência de forte emoção, provocada por ato injusto da vítima), ou, até mesmo, como causa de diminuição de pena, no caso do homicídio privilegiado. Por outro lado, o tipo da vítima pode constituir uma causa agravante do delito, conforme o rol previsto no art. 61, inc. II, do Código Penal. Contudo essas previsões legais que fazem referência à vítima não atuam em seu favor, pois servem, apenas, para aumentar ou diminuir a pena do condenado.

A preocupação do Código Penal para com a vítima somente é visível, quando garante uma indenização decorrente da sanção penal condenatória. O art. 91, inc. I, do Código Penal considera como efeito da condenação a obrigação de indenizar o dano causado pelo delito. Nesse caso, a sentença condenatória gerava um título executivo para a vítima buscar sua indenização no âmbito cível. Entretanto, com as alterações trazidas pela Lei nº 11.719/08, o Código de Processo Penal passou a exigir, na sentença penal condenatória, a fixação de valores mínimos para a reparação do dano. Assim, a aplicabilidade do art. 91, inc. I, do Código Penal, ficou limitada aos casos em que o juízo criminal deixa de fixar a reparação do dano na sentença criminal, ou no caso da fixação de valor abaixo do entendido como justo pela vítima.

Com efeito, apesar das sensíveis alterações dentro do processo penal trazidas pela Lei nº 11.719/08, a qual, então, determina a fixação da reparação dos danos já na sentença condenatória, essa possibilidade, *in thesi*, já era concebida pelo Código Penal, na aplicação da pena de prestação pecuniária (art. 45, § 1º do CP), uma forma de pena restritiva de direitos. Segundo o art. 45, § 1º, do CP, a

⁶⁴ Ao que se percebe, essa variante da pena guarda grande identificação com os primeiros estudos sobre a figura da vítima no cometimento do delito. Como já exposto nesse trabalho,

[...] prestação pecuniária consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes, ou a entidade pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz, não inferior a 1 (um) salário mínimo nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos. O valor pago será deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários.

Dessa forma, o Código Penal utiliza uma das formas de apenamento (prestação pecuniária) para possibilitar uma antecipação da reparação de danos à vítima, o que demonstra uma pequena preocupação do Direito Penal com a figura da vítima. Salienta-se que não se trata de um direito da vítima, mas, sim, de efeitos da condenação criminal a serem suportados pelo condenado, que podem ser revertidos, de acordo com o entendimento do magistrado, para a vítima. Por esse motivo, pode-se falar que os direitos das vítimas criminais não são de ordem penal, mas, sim, de ordem processual penal, conforme se passa a desenvolver.

3.2 A VÍTIMA NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

É no processo penal que a vítima encontrará a possibilidade de participação dentro do procedimento criminal. É o processo penal que lhe concede direitos, os quais, como se comprova, estão sendo alargados e multiplicados em face de uma militância em favor de mais voz e direitos para a vítima criminal. Nesse ponto é que converge o estudo até agora realizado, pois todo movimento de reposicionamento da vítima no processo penal, seja ele praticado por gêneros de vítimas, pelas organizações internacionais ou políticas internas, busca a concessão de mais espaço e direitos ao ofendido, pois é o principal prejudicado no fato delituoso. Mas é também nesse ambiente que a vítima criminal é novamente atingida, agora por parte do Estado, o qual, frequentemente, não reconhece seus direitos tratando-a com desrespeito, desprezo e esquecimento.

Hans von Heating e Mendelsohn, por volta da década de 50, voltaram seus estudos para a atuação da vítima na ocorrência do delito, inclusive, chegou-se a classificar os tipos de vítima.

A fim de facilitar a compreensão da participação da vítima durante o procedimento criminal é indicado que os pontos de maior controvérsia sejam analisados em separado. Assim, a vítima na fase pré-processual, na ação processual penal, a fixação de indenização na sentença criminal e as científicas merecem subcapítulos para melhor desenvolver a matéria.

3.2.1 Fase Pré-Processual

A fase pré-processual, que, como se sabe, possui caráter administrativo,⁶⁵ contempla uma colheita preliminar de provas, a fim investigar o delito (em todas suas circunstâncias), e identificar os autores do fato tido como delituoso, para, posteriormente, submeter ao *opinio delicti* do titular da ação penal. Atualmente, a investigação criminal está a cargo da Polícia Judiciária (conforme se verifica na maioria dos casos), do Ministério Público e das Comissões Parlamentares de Inquérito.

Trata-se de fase processual de extrema importância para o processo penal, pois os elementos apurados na investigação (indícios de provas) deverão servir para preencher o requisito do art. 395, inc. III, do Código de Processo Penal, qual seja: mínimo lastro probatório (justa causa) para a inauguração da ação penal.⁶⁶ O apoio e o interesse da vítima são de extrema importância, uma vez que, na maioria dos casos, o ofendido deve registrar o fato delituoso,

⁶⁵ De acordo com LOPES JÚNIOR, Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 41, grifo do autor: “Considera a investigação preliminar como uma fase preparatória, um procedimento prévio e preparatório do processo penal, sem que seja, por si mesma, um processo penal. Será administrativo quando estiver a cargo de um órgão estatal que não pertença ao Poder Judiciário, isto é, um agente que não possua poder jurisdicional. Destarte, podemos classificar o inquérito policial como um *procedimento administrativo pré-processual*, pois é levado a cabo pela Polícia Judiciária, um órgão vinculado à administração – Poder Executivo – e que por isso desenvolve tarefas de natureza administrativa.”

⁶⁶ Segundo, LOPES JÚNIOR, Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 57: “A nosso juízo, a função de evitar acusações infundadas é o principal fundamento da investigação preliminar, pois em realidade, evitar acusações infundadas significa esclarecer o fato oculto (juízo provisório e de probabilidade) e com isso também assegurar a sociedade de que não existirão abusos por parte do poder persecutório estatal. Se a impunidade causa uma grave intranquilidade social, não menos grave é o mal causado por processar um inocente.”

apresentar testemunhas, e (pode) solicitar diligências para comprovar a materialidade e a autoria.⁶⁷

O início das investigações, nos delitos de ação penal pública condicionada à representação e na ação penal privada, somente ocorrerá por iniciativa do ofendido, conforme determina os parágrafos 4 e 5 do artigo 5º do Código de Processo Penal. No entanto, nos casos de ação penal pública incondicionada, o início das investigações não depende da vítima, pois a autoridade policial ao saber do fato (em tese) delituoso deverá proceder à abertura da investigação criminal. Assim, nesses casos, o ofendido assume uma posição subsidiária quando, diante da inércia dos órgãos públicos, poderá noticiar a ocorrência do delito, por meio da *notitia criminis* ou pelo simples boletim de ocorrência.

A efetiva participação da vítima durante a investigação criminal (fase pré-processual) encontra-se expressa no Código de Processo Penal, permitindo-lhe a requisição de diligências, as quais poderão ou não ser realizadas, o que ficará a critério do presidente da investigação. O artigo 14 do Código de Processo Penal (único artigo que faz referência à figura do ofendido na investigação criminal) é normalmente utilizado quando a vítima possui interesse econômico⁶⁸ (a ser realizado por meio do processo criminal ou em ação civil paralela), buscando acesso a uma determinada prova. Assim, utilizando o referido artigo, pede-se para a autoridade que preside o inquérito a realização da prova pretendida para utilização na sua busca pela reparação do dano.

⁶⁷ Nesse sentido, vale indicar a lição de FERNANDES, Antonio Scarance. *O papel da vítima no processo criminal*. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 59: “Mas não é só sob o ângulo da vítima que interessa esse contato com os órgãos policiais, pois, na maioria dos casos, o próprio sucesso da investigação e, conseqüentemente, o bom resultado final do processo dependem muito do interesse da vítima em colaborar. É ela quase sempre quem comunica o crime e indica as principais testemunhas. O seu retorno para prestar declarações ou fornecer novos esclarecimentos é de máxima importância. A sua participação é necessária para a realização de diligências relevantes, tais como os reconhecimentos de coisas e pessoas e a elaboração do exame de corpo de delito.”

⁶⁸ FERNANDES, Antonio Scarance. *O papel da vítima no processo criminal*. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 78: “De outro modo tem ainda a inquérito servido à vítima: forma de pressão sobre o suspeito para que repare o dano. Ilustrativo o exemplo do delito de emissão de cheque sem fundos (art. 171, §2º, VI, do CP): como o pagamento do título antes da denúncia elide o crime, o credor requer o inquérito para ameaçar o emitente com possível acusação criminal e, assim, levá-lo a pagar o valor do cheque e evitar a ação penal.”

Apesar da existência de apenas um dispositivo no Código de Processo Penal sobre a atuação da vítima durante a fase pré-processual, esse se mostra, de certa forma, suficiente diante dos objetivos da investigação criminal, pois abriga a possibilidade de a vítima requerer qualquer diligência que seja do interesse da investigação.

Com efeito, não há a previsão legal para atuação do assistente da acusação durante a fase pré-processual, uma vez que nesse momento processual ainda não há acusação formalizada. Nada impede, contudo, que a vítima seja representada por um advogado para defender seus interesses e a representar na fase pré-processual.

Infelizmente, é comum, já nesse primeiro ambiente, que a vítima deva enfrentar o descaso, as pessoas despreparadas em atendê-la, a desconfiança, a necessidade de depoimentos constrangedores (normalmente em crimes sexuais), o que a levará a uma sobrevivitização.⁶⁹ O Estado, ao invés de a auxiliar no momento posterior ao crime, causa-lhe mais sofrimento.

Esse tratamento à vítima criminal já rendeu ao Brasil, inclusive, uma responsabilização internacional por violações aos Direitos Humanos perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, na oportunidade em que foi recomendada, entre outras medidas, a multiplicação de delegacias especializadas para o atendimento à mulher, bem como a capacitação e a sensibilização dos funcionários judiciais e policiais para compreender a

⁶⁹ De acordo com, FERNANDES, Antonio Scarance. *O papel da vítima no processo criminal*. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 69: “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-se 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 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. Deve prestar declarações desagradáveis. Se o fato é rumoroso, há grande publicidade em torno dela, sendo fotografada, inquirida, analisada em sua vida interior. As atenções maiores são voltadas para o réu. Isso gera o fenômeno que os estudos recentes têm chamado de vitimização secundária do ofendido.”

importância de não tolerar a violência doméstica.⁷⁰ Destacaram-se essas duas medidas, pois a criação de delegacias especializadas e a capacitação de seus funcionários para atender certos delitos colaboram para evitar a sobrevitimização.⁷¹

Mais recentemente, com a alteração trazida pela Lei nº 11.690/08, pode-se notar a preocupação do legislador em manter a vítima informada sobre o ingresso ou sobre a saída do acusado da prisão, conforme ao parágrafo 2º do artigo 201 do Código de Processo Penal. No entanto a notificação da vítima sobre o ingresso ou sobre a saída do acusado do cárcere deve ser flexibilizada e aplicada somente nos casos em que o ofendido desejar recebê-las, pois, do contrário, as notificações irão relembrar a vítima do fato que, na verdade, quer ser esquecido.

Outra inovação trazida pelas recentes alterações é o encaminhamento do *ofendido para atendimento multidisciplinar, especialmente nas áreas psicossocial, de assistência jurídica e de saúde, a expensas do ofensor ou do Estado.*⁷² Apesar de louvável a intenção do legislador na tentativa de conceder um amparo imediato às vítimas de delitos, a aplicação do parágrafo acima encontrará alguns obstáculos, sendo o primeiro deles a impossibilidade de o ofensor pagar as despesas da vítima com o atendimento multidisciplinar. Primeiro, só se pode exigir o pagamento por parte do acusado depois que o processo transitar em julgado. Segundo, só se pode exigir do condenado os seguintes pagamentos: multa; se a pena privativa de liberdade for convertida em restritiva de direitos, prestação pecuniária; e, por fim, a indenização do dano (efeito da condenação criminal). Com efeito, a indenização do dano causado deve guardar estrita relação com o fato delituoso praticado, ou seja, deve

⁷⁰ Condenação sofrida pelo Brasil no caso Maria da Penha.

⁷¹ Conforme, BARROS, Flaviane de Magalhães. *A participação da vítima no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 75: “Cabe ressaltar a importância da correta atuação daqueles que serão os primeiros a entrar em contato com a vítima, como policiais que atuam nas atividades repressoras ou, ainda, aqueles que trabalham em serviços de saúde, com médicos e enfermeiros, ou, mesmo, em serviços sociais, para que prestem um atendimento digno à vítima que minimize o impacto do crime, bem como auxilie para que o fato não ingresse nas estatísticas das cifras ocultas em virtude da ineficiência da atuação estatal ou, mesmo, da falta de confiabilidade.”

⁷² Artigo 201, §5º, do Código de Processo Penal.

reparar o dano e não as consequências secundárias que afetam a vítima, por exemplo, o dever de pagar pelos cuidados psicológicos. Assim, não se pode exigir, em um delito de furto, o pagamento de psicólogo ou até mesmo de assistência jurídica ao ofendido.

Esses são os pontos que envolvem a figura da vítima criminal durante a tramitação da fase pré-processual, devendo-se passar, então, para o estudo da sua participação durante a fase processual.

3.2.2 Ação Processual Penal

Dentro da ação processual penal, os direitos da vítima possuem uma maior extensão, uma vez que a lei processual penal permite a atuação da vítima no decorrer do procedimento. Inicia-se, assim, com o papel da vítima no início da ação penal, seja ela de iniciativa privada ou pública.

3.2.2.1 Ação Penal de Iniciativa Privada

Quando se tratar de uma ação penal de iniciativa privada, caberá à vítima ingressar com a queixa-crime (art. 100, §2º, do Código Penal), ou seja, o ofendido possui um papel definitivo para o início da ação penal nesses delitos.⁷³ Nesses casos, a vítima (chamada de querelante) poderá exercer sua pretensão acusatória como titular da ação penal,⁷⁴ por meio da queixa-crime que possui, além das regras previstas no art. 41 do Código de Processo Penal, os seguintes requisitos: necessidade de indicação do valor da causa, uma vez que é necessário o pagamento de custas processuais; e procuração com poderes especiais. Ainda, vale indicar que a vítima na ação penal de iniciativa privada possui a oportunidade de ingressar ou não com seu direito de ação, ou seja, não vige o princípio da obrigatoriedade da ação penal. Também, como regra,

⁷³ BOSCHI, José Antonio Paganella. *Ação penal: as fases administrativas e judicial da persecução penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 274.

⁷⁴ Conforme, LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade Constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. v. 1, p. 392-393, grifo do autor: “Nos delitos de ação penal de iniciativa privada, **o particular é titular de uma pretensão acusatória e exerce o seu direito de ação, sem que exista delegação de poder ou substituição processual.** Em

vige o princípio da disponibilidade da ação penal de iniciativa privada, pois a vítima, a fim de encerrar o processo, pode renunciar, desistir ou perdoar o acusado (esse último necessita de aceitação do acusado). Contudo há o princípio da indivisibilidade, no qual a ação penal deve ser dirigida contra todos os autores do delito. Transcreve-se a doutrina de José Antonio Paganella Boschi acerca da matéria:

A persecução penal mediante queixa é exceção no direito brasileiro, voltada aos casos em que a ofensa é tênue, o interesse pela punibilidade interesse predominantemente ao ofendido ou, ainda, naqueles casos em que, embora graves, a publicidade do processo potencialize riscos de dano ao nome, à honra, ou à intimidade do ofendido. Por isso a lei deixa ao seu critério a definição sobre a instauração ou não da ação penal. É muito fácil a identificação no Código Penal dos delitos de ação de iniciativa privada. É suficiente conferir se, após a definição típica, existe ou não a clássica fórmula: 'procede-se mediante queixa'. Se o resultado dessa conferência for afirmativo, isso significará que a legitimidade ativa para a causa será exclusivamente do ofendido ou de quem seja seu representante, conforme já examinamos no capítulo sobre a ação penal, sendo exemplos os tipos dos arts. 138, 139, 140, 161, §1º, I e II, 163, 164 e 179 e parágrafo único, 184 a 186 e 236, dentre outros.⁷⁵

Entretanto a regra é que o início do processo se dará mediante denúncia, a ser ofertada pelo Ministério Público, responsável por promover, privativamente a ação penal pública, conforme art. 129, §1º, da Constituição Federal, art. 100 do Código Penal e art. 24 do Código de Processo Penal.

outras palavras, atua um direito próprio (o de acusar) da mesma forma que o faz o Ministério Público nos delitos de ação penal de iniciativa pública.”

⁷⁵ Nesse sentido, é a lição de LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade Constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. v. 1, p. 393-394, grifo do autor: “a) **Oportunidade e conveniência**: a vítima não está obrigada a exercer a ação penal, pois, ao contrário da ação penal de iniciativa pública, não há obrigatoriedade, senão plena faculdade. Caberá ao ofendido analisar o momento em que fará a acusação (desde que respeitado o prazo decadencial de 6 meses), bem como a conveniência de submeter seu caso penal ao processo, ponderando as vantagens e desvantagens. b) **Disponibilidade**: ao contrário da ação penal de iniciativa pública, a ação penal de iniciativa privada é plenamente disponível, no sentido de que poderá o ofendido renunciar ao direito de ação, desistir do processo dando causa a perempção (art. 60), bem como perdoar o réu (mas somente produzirá efeito em caso de aceitação). c) **Indivisibilidade**: em que pese a facultatividade e disponibilidade, por opção político-processual, a ação penal privada é indivisível, no sentido de que não poderá o querelante escolher – em caso de concurso de agentes – contra que, irá oferecer a queixa. Evitando um claro caráter vingativo (através da escolha), define o art. 48 que a queixa contra qualquer dos autores do crime obrigará ao processo de todos, e o Ministério Público velará por sua indivisibilidade.”

3.2.2.2 Ação Penal Pública Condicionada

Na ação penal pública, tem-se as suas duas formas: a ação penal pública incondicionada e ação penal pública condicionada à representação.⁷⁶ Nesses dois casos, o titular da pretensão acusatória é o Ministério Público (art. 129, inc. I, da Constituição Federal).

Nos casos de ação penal pública condicionada à representação,⁷⁷ o interesse da vítima (ou a requisição do Ministro da Justiça) é o responsável por autorizar o Ministério Público a iniciar o procedimento criminal. Nesse sentido, a ação penal fica condicionada à manifestação de interesse da vítima em ver o autor do delito processado ou não pela acusação pública. Trata-se, dentro das condições específicas da ação penal, da primeira causa de procedibilidade que deve ser analisada, pois sua ausência impede o início do processo (ou do inquérito).⁷⁸

Com efeito, os delitos que exigem a necessidade de representação lesionam tanto o interesse particular quanto o interesse público, contudo o interesse particular é violado em maior intensidade, conforme explica Antonio Scarance Fernandes:

⁷⁶ BOSCHI, José Antonio Paganella. *Ação penal: as fases administrativas e judicial da persecução penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 108: “A ação pública subdivide-se em incondicionada e condicionada. Na ação penal pública incondicionada, o Ministério Público tem o dever de agir sem ter que esperar autorização ou solicitação do ofendido ou de terceiros. Na ação penal pública condicionada, o dever do MP de não omissão está atrelado à prévia autorização do ofendido ou do Ministério da Justiça, mediante representação ou requisição, respectivamente, ou prova da condição objetiva de punibilidade, todas examinadas no capítulo em que tratamos das condições da ação, para onde remetemos o leitor.”

⁷⁷ Definindo o instituto da representação, FERNANDES, Antonio Scarance. *O papel da vítima no processo criminal*. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 96: “Consiste a representação em declaração de vontade, da vítima ou de seu representante legal, ou, ainda, de sucessores no caso de morte ou ausência do ofendido, que condiciona a persecução penal pública. Sem ela, nem pode a autoridade policial instaurar inquérito policial, nem o membro do Ministério Público oferecer denúncia.”

⁷⁸ BOSCHI, José Antonio Paganella. *Ação penal: as fases administrativas e judicial da persecução penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 204-205, grifo do autor. “A representação (expressando consentimento da vítima para como inquérito e o processo) é a primeira espécie de condição de procedibilidade. Sem ela, a autoridade policial está impedida de proceder, isto é, de iniciar a investigação (art. 5º, § 5º, do CPP), mesmo que a existência e a autoria do ilícito sejam notórias. Do mesmo modo, *sem a representação*, o Ministério Público estará impedido de intentar a denúncia, ou seja, de *proceder* a abertura do processo por meio de denúncia.”

Numa outra linha, busca-se explicar e orientar as opções legislativas por ações públicas incondicionadas ou condicionadas e por ações privadas em razão dos interesses afetados pelas infrações penais: quando é atingido de forma preponderante o interesse público, a ação deve ser pública incondicionada; será ela pública condicionada se for alcançado imediatamente o interesse particular e mediatamente o interesse público; finalmente, será a ação privada quando for atingido preponderantemente o interesse particular.⁷⁹

Assim, o condicionamento da ação penal à vontade do ofendido revela-se, por primeiro, como um fator de proteção à vítima, pois pode desejar não expor sua vida pessoal⁸⁰ em um processo criminal; e, em segundo plano, como um filtro processual que desobriga o Estado daquelas demandas em que não há interesse do principal ofendido.⁸¹ Sabe-se que a colaboração da vítima, em muitos casos, é determinante para a produção de provas e, dessa forma, se a prova depende da vítima, a qual não demonstra interesse no caso, não há por que iniciar um procedimento criminal que não chegará a lugar algum e atrapalhará, ainda mais, a máquina judiciária.

⁷⁹ FERNANDES, Antonio Scarance. *O papel da vítima no processo criminal*. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 93.

⁸⁰ Conforme, BOSCHI, José Antonio Paganella. *Ação penal: as fases administrativas e judicial da persecução penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 205, grifo do autor: “A justificação jurídica da existência da representação é facilmente compreensível. Segundo lembra Fernando A. Pedroso, ‘por vezes, o crime trazido à realização, a par de lesar interesses sociais, fere também interesses individuais, de tal forma que, em dados casos, a persecução em tais delitos vulneraria mais sua própria vítima do que a punição do seu ofensor. O *strepitus iudicii* ou *strepitus fori*, isto é, a repercussão do fato face ao caráter publicístico da ação e processo penais, poderá ser mais prejudicial à vítima do crime do que a persecução penal de seu autor’. Como enfatizou o saudoso Nelson Hungria, ‘em certos casos, a ofensa é como imundície de gato: quanto mais revolvida, mais fétida’ e, por causa disso, não raro, a vítima prefere silenciar ao invés de proceder contra seu algoz, autorizando as providências policiais e a iniciativa do órgão da acusação em juízo. Não raro, mulheres vítimas de estupros, por exemplo, recusam-se a registrar a ocorrência e a pedir providências à autoridade para punição do algoz. Assim se conduzem para evitarem o vexame no detalhamento a terceiros, desconhecidos, da prática delituosa. A opção pelo silêncio representa de um lado o exercício de uma prerrogativa legal, mas atua como fator para a reprodução da impunidade.”

⁸¹ Nesse sentido, vale indicar a lição de FERNANDES, Antonio Scarance. *O papel da vítima no processo criminal*. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 93: “Mas continuam as legislações, em sua maioria, prevendo a subordinação da persecução pública à manifestação do ofendido em determinados crimes. Diversos motivos são elencados para justificar tal orientação. Foram ele reunidos, sistematizados e separados pela doutrina em principais e secundários. Os primeiros referem-se ao resguardo da esfera privada e íntima da vítima e à pouca gravidade do delito praticado. Constituem os motivos secundários: a dependência da realização da prova à colaboração do ofendido; a prevalência do interesse na reparação civil sobre o interesse na punição criminal; a conveniência de evitar o enrijecimento da hostilidade entre indivíduos ligados por interesses comuns.”

Sob outro olhar, o aumento do rol de crimes que exigem a representação do ofendido (como ocorreu com a Lei nº 9.099/95 e, recentemente, com a Lei nº 12.015/09⁸²) segue a trilha de fortalecimento do papel da vítima dentro do processo penal, uma vez que reconhece sua manifestação e vontade no sentido de ver o autor do delito processado (e assim se sujeitar aos procedimentos legais); ou esquecer o fato delituoso e não ser (sobre)vitimizado pelo sistema processual penal.

O direito de representação da vítima poderá ser exercido em um prazo de seis meses, conforme o disposto no art. 38 do Código de Processo Penal, sob pena de extinção da punibilidade do autor do fato pela decadência. Esse prazo também regula a representação nos delitos de menor potencial ofensivo. Salienda-se, nesse ponto, que a regra do art. 91 da Lei 9.099/95, para a qual a lei exige um prazo de trinta dias para a representação da vítima, é aplicada apenas nos delitos em que, por alteração legislativa, passa-se a exigir a representação da vítima, ou seja, trata-se de prazo para a vítima informar se deseja continuar com o processo, pois o delito do qual foi vítima passou a ser de ação penal pública condicionada.⁸³

O prazo de seis meses para a vítima exercer seu direito de representação é contado na forma penal (art. 10 do Código Penal) e não processual penal, porque a decadência é causa de extinção da punibilidade (art. 107, inc. IV, do Código Penal). A contagem do prazo não sofrerá qualquer interrupção,

⁸² Sobre as modificações na ação penal trazidas pela Lei 12.015/09, LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade Constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. v. 1, p. 388: “Portanto, a regra agora é que a ação penal seja de iniciativa pública, mas condicionada à representação da vítima ou ao seu representante legal. Excepcionalmente, a ação penal será pública incondicionada (vítima menor de 18 anos, em situação de vulnerabilidade ou na situação da Súmula nº 608 do STF – violência que resulte lesão corporal grave, gravíssima ou morte).”

⁸³ Explicando essa diferença, LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade Constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. v. 1, p. 392: “Não se pode igualar o tratamento da representação – que tem natureza jurídica de condição de *procedibilidade* (necessária para que o Ministério Público possa proceder contra alguém) – com a condição *prosequibilidade* (quando há alteração legislativa que passa a exigir a representação nos processos em curso). Nesse segundo caso, que nos interessa agora, a representação não pode ser suprida pelas manifestações anteriores da vítima, pois não se trata de autorizar genericamente a investigação e persecução estatal (como na representação tradicional), senão de – no caso concreto – permitir que o Estado prossiga com um processo já existente.”

iniciando-se na data em que se identificou o autor do delito, conforme art. 38 do Código de Processo Penal.⁸⁴

Nessa senda, interessante é a situação da vítima menor de dezoito anos, pois, nesse caso, haverá dois prazos de seis meses para apresentar a representação, conforme Súmula 594 do STF:⁸⁵ um deles para o representante legal (seis meses da data em que se conheceu a autoria) e outro para a vítima (seis meses depois de completar a maioridade). Essa medida busca proteger a vítima de eventual desídia do representante legal que deixe passar o prazo legal da representação, até mesmo porque a vítima menor não pode exercer seu direito de representar, e, por outro lado, permite a retratação da representação realizada antes de sua maioridade.⁸⁶

3.2.2.3 Ação Penal Pública Incondicionada

Diferente é a situação da vítima na ação penal pública incondicionada, visto que o Estado não depende da autorização da vítima para processar (ou investigar) o autor do fato. Assim, mesmo que a vítima não possua interesse no procedimento criminal, a autoridade policial deverá investigar, e o Ministério Público, estando presentes as condições da ação penal, deverá ofertar a denúncia criminal. Essa é a modalidade de ação penal mais comum no Direito Penal brasileiro, pois, quando o Código Penal não faz qualquer referência à forma de proceder com a ação penal, significa que se trata de ação penal pública incondicionada.

⁸⁴ BOSCHI, José Antonio Paganella. *Ação penal: as fases administrativas e judicial da persecução penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 213: “Iniciada a fluência contínua e ininterrupta do prazo decadencial desde a data da identificação da autoria do crime, eventuais ‘medidas preliminares’, como pedido de explicações, não terão força de impedir a declaração da extinção da punibilidade pela decadência (art. 107, IV, do CP).”

⁸⁵ Súmula 594 STF: Os direitos de queixa e de representação podem ser exercidos, independentemente, pelo ofendido ou por seu representante legal.

⁸⁶ BOSCHI, José Antonio Paganella. *Ação penal: as fases administrativas e judicial da persecução penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 209-210, grifo do autor. “Assim, enquanto o menor de 18 anos, ante a unidade do direito e a dúplici titularidade para o seu exercício, o ofendido nunca ficará prejudicado caso o representante legal deixe escoar *in albis* o prazo do art. 38 do CPP, ou resolva retirar o consentimento outorgado (retratação da representação). Como visto, ao implementar a idade de 18 anos, o ofendido disporá de seis meses para decidir entre permanecer em silêncio ou oferecer a representação.”

Há uma exceção, entretanto, em que a vítima poderá oferecer a queixa-crime na ação penal pública incondicionada, sendo essa possibilidade também verificada quando a ação penal depende de representação do ofendido. A queixa-crime subsidiária da pública decorre da previsão legal do art. 5, inc. LIX, da Constituição Federal, do art. 100, §3º, do Código Penal e art. 29 do Código de Processo Penal, aplicável sempre quando o titular da ação penal pública, o Ministério Público, não oferecer a denúncia no prazo legal.⁸⁷ Trata-se de uma forma de controle exercido pela vítima, a fim de evitar eventual negligência do Ministério Público para promover a ação penal. Esclarecendo essa forma de controle exercido pela vítima, cita-se os ensinamentos de Flaviane de Magalhães Barros:

A previsão da vítima como agente controlador da acusação advém da disposição do Código de Processo Penal, posteriormente erigida a direito fundamental, pelo art. 5º da Constituição da República, que prevê a possibilidade de a vítima iniciar o processo penal, na hipótese de crime de iniciativa oficial, quando o Ministério Público não oferece denúncia no prazo legal. Trata-se da denominada 'queixa subsidiária', ou 'ação penal privada subsidiária da pública'. É importante salientar que no Estado Democrático de Direito qualquer atuação do poder estatal, seja na esfera legislativa, administrativa ou, mesmo no âmbito das decisões judiciais, demanda alguma forma de controle, seja interno ou externo. A queixa subsidiária permite à vítima, seu representante legal ou seus sucessores controlar a negligência do Ministério Público, que não ofereceu no prazo legal a denúncia em crime de iniciativa pública ou, mesmo, que a fez a menor, ou seja, omitindo algum fato criminoso ou algum dos agentes.⁸⁸

⁸⁷ De acordo com , LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade Constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. v. 1, p. 398, grifo do autor: “Assim, se recebido o inquérito policial ou peças de informação suficientes para oferecer a denúncia ou pedir o arquivamento (ou, ainda, postular diligências), o Ministério Público ficar inerte, poderá o ofendido, superado o prazo concedido para p MP denunciar (5 dias se o imputado estiver preso ou 15 dias se estiver solto), oferecer uma queixa subsidiária, dando início ao processo e assumindo o polo ativo (como acusador). Por inércia do MP compreende-se o fato de ele não acusar, nem pedir diligências e tampouco o arquivamento. Caso tenha **pedido diligências ou o arquivamento**, mesmo que a vítima não concorde, **não há que se falar em inércia e, portanto, inviável a ação penal de iniciativa privada subsidiária da pública.**”

⁸⁸ Nesse sentido, é a lição de BARROS, Flaviane de Magalhães. *A participação da vítima no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 95-96.

Nesse caso, o prazo para o oferecimento da queixa-crime subsidiária da pública é o mesmo da queixa-crime nas ações de iniciativa privada, ou seja, seis meses, conforme a redação do art. 38 do Código de Processo Penal. Entretanto há uma pequena diferença entre o termo inicial para a contagem do prazo. O prazo inicia na queixa-crime subsidiária no dia em que se esgotar o prazo para o oferecimento da denúncia pelo Ministério Público,⁸⁹ enquanto, na queixa-crime nos delitos de iniciativa privada, o prazo começa a fluir no dia em que possuir conhecimento sobre o autor do delito. Oferecida a queixa-crime, poderá o Ministério Público aditá-la, repudiá-la, oferecer denúncia substitutiva e intervir em todos os momentos da ação penal (art. 29 do Código de Processo Penal).

Outro ponto que merece destaque é a possibilidade de o Ministério Público retomar a ação penal como parte principal. Segundo o art. 29 do Código de Processo Penal, ocorrendo negligência do querelante, o Ministério Público retomará a ação como parte principal.⁹⁰ Nesse caso, a fim de continuar intervindo nos atos processuais, deverá o ofendido requerer sua habilitação como assistente da acusação, pois, apesar de ter sido impulsionada por uma queixa-crime, deve-se lembrar de que a ação penal continua sendo de iniciativa pública.

Superada a participação da vítima na fase de oferecimento da acusação criminal, deve-se passar às formas e às possibilidades de o ofendido atuar no decorrer do processo criminal. Por certo, nos delitos de ação penal de iniciativa privada, o querelante possui todas as possibilidades de atuação, inclusive, com

⁸⁹ Nesse sentido, BOSCHI, José Antonio Paganella. *Ação penal: as fases administrativas e judicial da persecução penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 279: “Tratando-se de ação penal privada subsidiária (art. 5º, inc. LXIX da CF e art. 29 do CPP) o prazo para a queixa é de 6 meses mas começará a correr do dia em que se esgotar o prazo assinalado pela lei para o oferecimento da denúncia pelo órgão do MP (arts. 38 e 46).”

⁹⁰ Realizando uma leitura constitucional do artigo em questão, LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade Constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. v. 1, p. 399, grifo do autor: “Quanto à discussão acerca da expressão *no caso de negligência do querelante, retomar a ação como parte principal*, contida na última parte do art. 29, pensamos que ela deve ser (re)lida a partir da legitimidade constitucional do MP. Havendo negligência do querelante (o que poderia conduzir a uma perempção, sem, contudo, produção de efeitos), diante da regra da obrigatoriedade (já descumprida pela inércia inicial do MP), deverá o promotor retomar a ação. Não há possibilidade de perempção em ação penal pública. Nesse caso, existe um dever legal de agir. Contudo, não é apenas em caso de negligência que o MP pode retomar a ação, pois, sendo ele o titular constitucional (art. 129, I, da Constituição), poderá fazê-lo a qualquer tempo (e não apenas em caso de negligência).”

maior abrangência do que a do Ministério Público nas ações penais de iniciativa pública, na exata medida em que naquelas vige o princípio da oportunidade, enquanto, nessas, há os princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade. Assim, o estudo da participação da vítima durante o processo deve ser debruçado sobre as ações penais públicas, pois, repita-se, nas ações penais de iniciativa privada, o querelante é o titular da ação penal.

3.2.2.4 Assistente da acusação

A figura da vítima criminal, com o advento das reformas legislativas trazidas pelas Leis 11.690/08 e 11.719/08, foi contemplada com uma série de direitos, desde as cientificações até o direito de a sentença criminal fixar a sua reparação ao dano. Essa concessão de direitos à vítima dentro do processo penal, também, por consequência, fortaleceu a figura do assistente da acusação. Apenas como preliminar, não se pretende examinar todo o instituto da assistência à acusação, mas, apenas, aqueles pontos mais controvertidos.

O assistente de acusação, que obrigatoriamente deve ser representado por um advogado,⁹¹ é a vítima no processo criminal. É a forma trazida pelo Código de Processo Penal para a vítima participar ativamente do processo criminal, auxiliando a acusação do Ministério Público. Nesse sentido, Antonio Scarance Fernandes apresenta uma noção sobre o assistente do Ministério Público:

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 ele e o réu. (assistência litisconsorcial), ou em razão de outro interesse no resultado condenatório (assistência simples ou adesiva).⁹²

⁹¹ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade Constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. v. 2, p. 41, grifo do autor: “Noutra dimensão, não há que se confundir o assistente com o advogado que o representa. Assistente é a vítima, seu ascendente, descendente ou irmão, mas, em qualquer caso, necessita de advogado para postular em juízo (capacidade postulatória).”

⁹² FERNANDES, Antonio Scarance. *O papel da vítima no processo criminal*. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 122.

O conceito que se extrai do art. 268 do Código de Processo Penal é que a figura do assistente de acusação representa os interesses da vítima no decorrer da ação penal pública (condicionada ou incondicionada).⁹³

Com efeito, o Código de Processo Penal traz uma limitação sobre as pessoas legitimadas para a habilitação como assistente de acusação, conforme se percebe pela leitura de seu art. 268. Assim, estão legitimados o ofendido ou seu representante legal, bem como, no caso de ausência, o cônjuge, o ascendente, o descendente ou o irmão. Nesse ponto, necessário realizar uma diferença entre o ofendido e o prejudicado pelo delito, visto que o prejudicado não possui legitimidade para auxiliar o Ministério Público durante a ação penal. Diferencia-se essa figura uma vez que o prejudicado não é afetado diretamente pelo delito, diferentemente da vítima, a qual sofre diretamente com as consequências do delito. É o caso da vítima de roubo (em que o bem roubado não é de sua propriedade). Assim, o proprietário é o sujeito prejudicado, enquanto a vítima é a pessoa que sofreu com a ação criminosa.⁹⁴

Prosseguindo, as pessoas, então legitimadas, devem peticionar requerendo a habilitação como assistente de acusação ao Juízo (ou ao relator, nos casos de processos originários ou em grau recursal), apresentando a procuração da vítima ou do representante legal (ou das pessoas do art. 31 do Código de Processo Penal). Para além desse rol, encontram-se na legislação extravagante outras legitimações para atuar no auxílio da acusação pública, como, por exemplo, nas Leis nº 7.492 (Sistema Financeiro Nacional) e nº 8.078 (Relações de consumo), quando se permite que uma pessoa jurídica de direito público atue no auxílio da demanda criminal.⁹⁵ Após a oitiva do Ministério

⁹³ No mesmo sentido, ZIYADE, Fátima. *O assistente da acusação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1993. p. 34: “Assistente do Ministério Público é o ofendido pelo delito que intervém na ação penal pública ao lado do Ministério Público para defender o interesse seu e auxiliar a acusação numa correta aplicação da sanção ao infrator do dispositivo legal, definimos nós.”

⁹⁴ De acordo com, ZIYADE, Fátima. *O assistente da acusação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1993. p. 36: “Mister se faz distinguir o ofendido do mero prejudicado pelo delito, aquele é sujeito passivo do crime, titular de um direito lesado ou posto em perigo e tutelado pela norma penal, a quem o legislador confere o direito de intervir como assistente; [...]”

⁹⁵ Em relação a essa legitimação, deve-se citar os ensinamentos de LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade Constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. v. 2, p. 40-41: “Ademais, não há que se esquecer de que se o crime for praticado em detrimento do patrimônio ou interesse da União, Estado e Município, a ação penal será de

Público, o juiz permitirá ou não a habilitação.⁹⁶ Em caso negativo, apesar de não existir previsão legal de recurso,⁹⁷ a jurisprudência tem admitido o mandado de segurança ou a correição parcial como medidas para a vítima que teve seu pedido de habilitação negado.⁹⁸

A lei processual não indica qual o primeiro momento processual em que é permitido o requerimento de habilitação como assistente de acusação, apenas fixando que *será admitido enquanto não passar em julgado a sentença condenatória e receberá a causa no estado em que se achar*,⁹⁹ Na fase pré-processual não há possibilidade, até mesmo porque são raros os casos em que o Ministério Público exerce o papel da investigação e, também, porque nesse momento não há acusação formal que demande a presença desse assistente.¹⁰⁰ Contudo deve-se entender que não há necessidade de aguardar-se o recebimento da denúncia, pois esse momento pode não ocorrer, nas hipóteses de rejeição liminar da acusação.¹⁰¹

iniciativa pública. Logo, quem defende em juízo os interesses do órgão público afetado é o Ministério Público, sendo sem sentido (salvo para gerar desequilíbrio processual e contaminar o processo com o sentimento de vingança) admitir-se a assistência. Do contrário, teríamos de admitir que o Ministério Público é negligente na tutela do patrimônio público, o que seria um contrassenso.”

⁹⁶ Art. 272 do Código de Processo Penal.

⁹⁷ Art. 273 do Código de Processo Penal.

⁹⁸ Nesse caminho, é a lição de TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 11. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 387-388, grifo do autor: “A despeito da regra inserta no art. 273, realçando a irrecorribilidade do despacho do Juiz que permitir ou não a intervenção do assistente, o Tribunal de São Paulo tem admitido a possibilidade de se amparar, por meio de mandado de segurança, o direito de o ofendido intervir no processo como assistente. [...] Há entendimento de que o remédio é a reclamação (denominação da correição parcial em alguns Estados, como o do Rio de Janeiro). *RT*, 505/392.”

⁹⁹ Art. 269 do Código de Processo Penal.

¹⁰⁰ De acordo com, LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade Constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. v. 2, p. 46, grifo do autor: “Ainda que com pouco rigor técnico, o art. 268 corrobora esse entendimento, ao afirmar que, ‘em todos os termos da ação pública poderá intervir, como assistente do Ministério Público, o ofendido [...]’ Na verdade, o assistente pode intervir no processo nascido do exercício de ação penal de iniciativa pública, e não na ‘ação’. Não há intervenção na ação, mas no processo. Mas isso não significa que a vítima não possa intervir na investigação preliminar, pois, recordando o teor do art. 14 do CPP, ela poderá requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a critério da autoridade policial. Contudo, essa intervenção epidérmica não constitui ‘assistência da acusação’.”

¹⁰¹ Art. 395 do Código de Processo Penal.

Deve-se admitir o ingresso da vítima antes do recebimento da denúncia, pois, do contrário, não haveria a possibilidade de a vítima apelar da decisão que rejeitou a denúncia, por exemplo, por falta de justa causa (inc. III do art. 395), que se traduz pela ausência de um mínimo lastro probatório, a qual, diga-se de passagem, possui amplo espaço para a subjetividade do magistrado. Dessa forma, a fim permitir recurso à vítima no caso de uma eventual rejeição da denúncia (funcionando, também, como controle dos atos do Ministério Público), seu ingresso (da vítima) deve ser admitido após o oferecimento da denúncia. Ademais, não haverá qualquer prejuízo para o acusado a admissão da vítima como assistente do Ministério Público antes ou depois do recebimento da denúncia.

Habilitado, o assistente do Ministério Público receberá a causa no estado em que se achar¹⁰² e poderá, conforme a redação do art. 271, propor meios de prova, realizar perguntas, participar dos debates, arrazoar recursos, e, ainda, receber intimações dos atos processuais, com o que se transforma em uma parte do processo.¹⁰³ Além das possibilidades acima mencionadas, poderá o assistente requerer medidas assecuratórias contra os bens do acusado, a fim de garantir o ressarcimento do dano.¹⁰⁴ Dos pedidos realizados pelo assistente de acusação dar-se-á vista ao Ministério Público para posterior decisão do Magistrado (art. 271, §1º, do Código de Processo Penal.).

Contudo questão polêmica em relação à produção probatória do assistente é a (im)possibilidade de a vítima arrolar testemunhas.¹⁰⁵ A lei

¹⁰² LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade Constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. v. 2, p. 47: “Significa que o assistente não pode pleitear a repetição ou pretender a realização de atos cujo o momento processual já tenha passado. A intervenção do assistente é para os atos subseqüentes ao seu ingresso, nunca antecedentes a ele. Nunca é retroativa.”

¹⁰³ Nesse sentido, MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2. ed. Campinas: Millenium, 2000. p. 78: “Intervindo no processo, como assistente, ou promovendo a ação penal privada (principal ou subsidiária), passa ele a ter os direitos processuais subjetivos de parte no processo.”

¹⁰⁴ Nesse sentido, LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade Constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. v. 2, p. 42: “Antes de obter o título executivo, poderá o assistente, dentro do processo penal, buscar a indisponibilidade patrimonial do réu, por meio das medidas assecuratórias previstas no art. 125 e ss. do CPP.”

¹⁰⁵ Apresentando a controvérsia, FERNANDES, Antonio Scarance. *O papel da vítima no processo criminal*. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 144: “Para certa corrente não pode, porque não está esse direito garantido expressamente em lei e nem previsto momento procedimental próprio

processual penal é clara no sentido de que as testemunhas devem ser arroladas no momento do oferecimento da denúncia ou queixa (art. 41). Assim, trata-se de prazo preclusivo para a acusação, até mesmo para evitar surpresas (novas testemunhas) para o acusado, o qual possui o direito constitucional de conhecer a acusação, bem como o nome das testemunhas que prestarão depoimento no seu processo.¹⁰⁶ Nesse sentido, quando é permitida a habilitação do assistente (que se sustenta ser após o oferecimento da denúncia), o prazo para arrolar testemunhas já expirou, restando, assim, a impossibilidade de apresentar novos nomes.¹⁰⁷ Inclusive, o Código Processual Penal afirma que o assistente *receberá a causa no estado em que se achar*. Permitir ao assistente arrolar testemunhas após o prazo legal é implementar uma nova regra processual contra o acusado, ou mesmo flexibilizar o art. 41 do Código de Processo Penal, o que impõe evidente prejuízo para o réu, pois se trata de uma autorização para aumentar a carga acusatória.

Discussão ainda mais profunda sobre o assistente da acusação é a possibilidade de sua atuação nas ações autônomas de impugnação. No caso de a sentença condenatória fixar a reparação do dano e, após os recursos da defesa, a condenação transitar em julgado, a vítima possuirá direito a receber a reparação fixada. Pois bem, em sendo o caso, poderá o condenado se utilizar da revisão criminal ou da ação de *habeas corpus*, em que, inclusive, se poderão discutir provas (novas). Nessas ações, pela (correta) amplitude¹⁰⁸ que se tem

para a vítima arrolar testemunha. Ademais com o ato de arrolar testemunhas estaria o ofendido aditando a denúncia, faculdade que não lhe é outorgada pela Código. Por fim, admitir-se tenha a vítima direito de arrolar testemunhas é aceitar que possa requerer prova, quando o Código só lhe permite 'propor meios de prova'. Outros, contudo, concluem de modo diverso. O direito de propor meios de provas inclui o de indicar testemunhas, desde que observadas duas premissas: não ser superado o número legal e apresentação do rol antes do interrogatório, pois, nesta oportunidade, tem o réu o direito de conhecer as testemunhas de acusação e falar sobre elas (art. 188, II, do CPP)."

¹⁰⁶ Art. 8, item 2 b, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica).

¹⁰⁷ De acordo com, LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade Constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. v. 2, p. 47: "Como o assistente recebe o processo no estado em que se achar, e sua intervenção somente é possível após o recebimento denúncia, não poderá arrolar testemunhas, pois o momento processual para a realização desse ato já ocorreu (as testemunhas da acusação devem ser arroladas na denúncia). Irrelevante, portanto, se o Ministério Público arrolou testemunhas em número inferior ao permitido, pois o problema não se situa na quantidade, mas, sim, na preclusão dessa via."

¹⁰⁸ Sobre a necessária amplitude do *habeas corpus*, LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade Constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. v. 2, p. 663, grifo do autor: "O alcance do *writ* não só se limita aos casos de prisão, pois também pode ser

concedido, podem rediscutir provas para absolver o condenado ou, até mesmo, reconhecer a atipicidade do fato. Entretanto não há previsão legal para a atuação do assistente, o que transparece como algo problemático diante do direito à indenização fixado pelo Código Penal e Código de Processo Penal. Explica-se.

Durante o processo originário, o assistente legalmente habilitado, segundo a legislação processual, possui os mesmos direitos das partes para debater provas e apresentar, ao final, suas razões sobre o fato delituoso. Contudo, após o trânsito em julgado, se o condenado buscar uma ação autônoma (*habeas corpus* ou revisão criminal), a fim de rever a condenação criminal, lá não poderá atuar o assistente (nem mesmo recorrer), pois não há nenhuma previsão legal.

Porém a decisão da ação autônoma poderá causar nítido prejuízo (sucumbência) para a vítima, quando reformar a decisão condenatória, e, conseqüentemente, retirar a indenização fixada na sentença transitada em julgado. Para além disso, uma prova nova pode alterar a decisão condenatória para uma decisão que impeça a interposição da ação cível.¹⁰⁹ Nesses casos, necessário permitir que o assistente de acusação se habilite, a fim de debater a prova nova (exercer o contraditório), ou pelo menos, reconhecer seu direito de recorrer das decisões que lhe impuserem evidente prejuízo no seu direito à reparação do dano, pois haverá nítido prejuízo e interesse da vítima. Do contrário, estar-se-á ignorando a proteção judicial tratada no art. 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos, quando se impede recurso para proteger direito consagrado na Constituição, Lei ou na própria Convenção.¹¹⁰

utilizado como instrumento para o *collateral attack*, possibilitando que seja uma via alternativa de ataque aos atos judiciais, e inclusive contra a sentença transitada em julgado.”

¹⁰⁹ BARROS, Flaviane de Magalhães. *A participação da vítima no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 120: “Partindo de três decisões absolutórias distintas – aquela que declara a inexistência do fato, a que nega a autoria e a que reconhece a legítima defesa –, verifica-se que mesmo a vítima não participando do processo penal será afetada pela decisão, já que o ordenamento prevê a imutabilidade nestas questões no juízo cível.”

¹¹⁰ Art. 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). Proteção judicial. 1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, pela lei ou pela presente

Ana Maria Chocrón Giráldez esclarece o cerceamento do direito de recorrer de decisões que prejudicaram direitos protegidos judicialmente, conforme se transcreve:

La indefensión se produce cuando se priva al ciudadano de la posibilidad de impetrar la protección judicial de sus derechos o intereses mediante la apertura del adecuado proceso o de la de realizar dentro de dicho proceso las adecuadas alegaciones y pruebas o cuando se le crea un obstáculo que dificulte gravemente las actividades antedichas (STC 70/1984, de 11 de junio).¹¹¹

Para além disso, negar essa possibilidade em face da inexistência de previsão legal, apenas irá colaborar para a sobrevivitização¹¹² daquele que, já lesado pelo delito, agora é impedido de participar de uma ação sumária, na qual se discute provas que podem levar a reforma total da sentença condenatória obtida por meio de uma ação que respeitou o devido processo legal. Por certo que a carga acusatória aumentaria com a interferência do assistente da acusação, contudo o assistente já se manifestou ao longo do processo, bem como a situação do condenado não poderá ser agravada.

Essa possibilidade de participação decorre apenas do seu interesse puramente reparatório,¹¹³ pois naquelas ações autônomas em que se discute a

Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.

¹¹¹ CHOCRÓN GIRÁLDEZ, Ana María. Fundamento constitucional de la Protección a las víctimas en el proceso penal español. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado (nueva serie)*, México, año 41, n. 122, p. 691-715, mayo-ago. 2008.

¹¹² BARROS, Flaviane de Magalhães. *A participação da vítima no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 159: “Torna-se inegável que o Código de Processo Penal, no que tange ao papel da vítima como colaboradora da acusação, é por demais restrito, gerando, portanto, a sua sobrevivitização, já que não assegura direitos mínimos, como o direito à informação, a atuação em contraditório ou, mesmo, o duplo grau de jurisdição.”

¹¹³ Definindo o interesse da vítima no processo penal, TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 385-386, grifo do autor: “Entendemos que a razão de se permitir a ingerência do ofendido em todos os termos da ação penal pública, ao lado do Ministério Público, repousa na influência decisiva que a sentença da sede penal exerce na sede civil. A propósito o art. 935 do CC e os art. 91, I, do CP e 63 do CPP. Segundo dispõe o art. 91, I, do CP, constitui um dos efeitos da sentença penal condenatória tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime. Por isso mesmo dispõe o art. 63, *caput*, do CPP que, ‘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.’ Em face dessa influência, salta aos olhos que o Estado permitiu pudesse o ofendido ingressar no Processo Penal nos crimes de ação pública, para velar pelo seu direito à indenização. Conclui-se, pois, que a função do assistente não é a de auxiliar a acusação, mas a de procurar defender seu interesse na indenização do dano *ex delicto*.”

liberdade do paciente não caberá a atuação da vítima, porquanto o interesse da vingança da vítima não é (deve ser) reconhecido no processo penal.

Os pontos controvertidos desse instituto chegam até a discussão a respeito de sua constitucionalidade. Há entendimentos que o assistente da acusação não fora recepcionado pela atual Constituição Federal, na medida em que o art. 129, inc. I, determina que a ação penal pública deve ser promovida privativamente pelo Ministério Público. Ademais, os interesses que levam o assistente à demanda são opostos ao do processo penal. Nesse sentido são as palavras de Aury Lopes Júnior:

A principal crítica que se faz à figura do assistente da acusação brota exatamente do interesse que lhe motiva: sentimento de vingança e interesse econômico privado.

O sentimento de vingança gera uma contaminação que em nada contribui para um processo penal equilibrado e ético. Essa afirmativa não significa qualquer menoscabo ou desprezo pela figura da vítima, todo o oposto. Apenas queremos chamar a atenção para o fato de que um processo penal com tal dose de contaminação é um grave retrocesso que dificulta a serena administração da justiça.

Noutra dimensão, o interesse econômico deve ser satisfeito com plenitude, mas não no processo penal. A mistura de pretensões (acusatória e indenizatória) gera uma grave confusão lógica e, principalmente, um hibridismo bastante perigoso e problemático, que pode conduzir a 'condenações penais disfarçadas de absolvições fáticas', ou seja, condena-se alguém na esfera penal a um pena irrisória (multa ou restritiva de direitos), muitas vezes por delitos insignificantes, pois no fundo o que se quer satisfazer é a pretensão indenizatória. Isso representa um desvirtuamento completo do sistema jurídico penal para a satisfação de algo de é completamente alheio a sua função. O processo penal não pode ser desvirtuado para ser utilizado a tais fins, por mais legítimos que sejam, pois o instrumento é inadequado.¹¹⁴

Na posição diversa, sustenta-se a constitucionalidade, pois a lei maior, apesar de fazer a referência à promoção privativa da ação penal pelo Ministério Público, também autoriza (excepcionalmente) a ação penal pública subsidiária, ou seja, a vítima promovendo a ação penal pública. Para além disso, a atuação do assistente da acusação será apenas auxiliando a acusação e não a promovendo. Recentemente, o Supremo Tribunal Federal enfrentou a questão

¹¹⁴ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade Constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. v. 2, p. 43-44.

da constitucionalidade da figura do assistente da acusação, entendendo, por maioria, pela sua constitucionalidade.¹¹⁵

Contudo, apesar das discussões sobre sua constitucionalidade, ao que se percebe pelas recentes modificações legislativas, é o fortalecimento, cada vez mais, da vítima (assistente) no processo criminal. A possibilidade do dano ser reparado (fixado) na sentença condenatória, alteração trazida pela Lei nº 11.719/08, torna ainda mais flagrante a legitimidade e o interesse da vítima (assistente de acusação) atuar no processo criminal.

Por fim, deve-se destacar que o único interesse válido (segundo a lei processual), o qual garante acesso da vítima ao processo criminal é a possibilidade de obter a sua reparação do dano causado pelo delito. Realmente, como já citado, não se pode admitir a atuação da vítima para impor sua vontade de vingança. Os sentimentos da vítima são legítimos, no entanto esse fator não deve ser admitido dentro do processo, sob pena de se retornar à idade de ouro da vítima (vingança privada). Nesse sentido, o interesse da vítima é na sentença condenatória, e não na quantidade de pena imposta ao acusado, o que, de certa forma, impedirá recurso do ofendido para o aumento da pena do acusado.¹¹⁶ Deve-se afastar, de vez, essa possibilidade, pois para a vítima criminal o apenamento de seu algoz sempre será de insuficiente perto de seu sofrimento.

Assim, as recentes alterações no Código de Processo Penal geraram uma maior necessidade de se buscar um novo regramento para a atuação do assistente da acusação, a fim de que se estabeleça o interesse apenas reparatório, mas, por outro lado, se definam as possibilidades de atuação e, especialmente, formas efetivas para proteger o seu direito à reparação do dano, afastando-se qualquer entendimento de direito de vingança contra o réu, hoje

¹¹⁵ STF. HC nº 102.085. Sessão Plenária. julgado no dia 10/06/2010.

¹¹⁶ Conforme, LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade Constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. v. 2, p. 42, grifo do autor: “Se for defendida a existência de um interesse puramente econômico, não está o assistente autorizado a recorrer para pedir um aumento de pena, pois seu interesse se satisfaz com a constituição do título executivo que brota da sentença penal condenatória, independente do *quantum* de pena aplicada. Assim, o título executivo buscado estará constituído com uma condenação a 1 mês de pena ou a 20 anos, é irrelevante. Daí por que não cabe o recurso para mero aumento de pena.”

claramente representado pela possibilidade de recorrer para aumentar a pena aplicada.

3.2.3 Fixação da Indenização

Conforme sustentado no presente trabalho, o interesse legítimo que leva a vítima para atuar no processo penal é a clara vinculação entre o resultado do processo penal com a reparação do dano (matéria cível) consubstanciado pela possibilidade de fixação da reparação do dano na sentença penal condenatória. Ou, por outro lado, é evitar a prolação de uma sentença absolutória que o impeça de buscar no juízo cível a reparação do dano causado pelo fato delituoso, pois, como já se salientou, a decisão absolutória que declara a inexistência do fato, nega a autoria ou reconhece a legítima defesa não é passível de modificação.

Pois bem, a Lei nº 11.719/08 determinou, na prolação da sentença condenatória, a fixação de um valor mínimo para a reparação dos danos causados pela infração. Por mais louvável que seja a atuação do legislador quando tenta trazer instrumentos que facilitem o ressarcimento do dano causado pela infração penal, essa regra, salvo melhor juízo, além de não trazer nenhum avanço para o processo penal, possui sérios problemas de aplicação por arranhar princípios constitucionais e regras processuais penais.

A possibilidade de determinar uma indenização na sentença condenatória não é uma inovação¹¹⁷ trazida pela Lei nº 11.719/08, uma vez que o art. 45, §1º,

¹¹⁷ Salientando outras medidas civis dentro do processo penal, TRIGUEIROS NETO, Arthur da Motta. *Comentários às recentes reformas do Código de Processo Penal e legislação extravagante correlata*. São Paulo: Método, 2008. p. 147: “Já não é novidade a tomada de providências cíveis pelo juízo criminal, conferindo-se maior efetividade ao processo. Desde a edição da Lei “Maria da Penha” (Lei 11.340/2006 – violência doméstica), diversas medidas protetivas à mulher podem ser deferidas pelo juízo criminal, tais como a separação de corpos, a fixação de alimentos, o distanciamento do agressor do lar conjugal etc. Igualmente, já se via um ingerência do direito civil no processo penal na tentativa de composição civil dos danos provocados pelo agente à vítima, em se tratando de infração penal de menor potencial ofensivo (art. 74 da Lei 9.099/1995), considerada instituto despenalizador se se tratar de crime de ação penal privada e pública condicionada à representação. Por fim, há muito existia a possibilidade de fixação de indenização no juízo criminal em sede de revisão criminal, desde que houvesse requerimento do pólo ativo da referida ação, a fim de reparar o erro judiciário perpetrado contra o condenado (art. 630 do CPP).”

do Código Penal, já contemplava essa possibilidade, ao permitir que a prestação pecuniária fosse destinada a vítima ou a seus dependentes. Inclusive, o que se pode notar é que a regra penal se mostra, *in thesi*, mais efetiva aos olhares da vítima, pois se trata de uma substituição da pena privativa de liberdade que, se não cumprida, poderá ensejar a revogação do benefício e a necessidade de cumprir pena de prisão, enquanto a lei processual fixa o valor na sentença, porém, se o condenado deixar de pagar, não sofrerá qualquer medida penal que o prejudique. Contudo o dispositivo penal limitava essa possibilidade aos delitos que permitissem a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (art. 44 do Código Penal).

A diferença entre o instituto penal (prestação pecuniária) e o instituto processual penal (indenização mínima além das penas previstas no tipo penal) é que, no primeiro, o juiz estava limitado pela lei a fixar a prestação pecuniária (não inferior a um nem superior a 360 salários mínimos), enquanto, no segundo, a lei processual penal determina um valor mínimo relacionado ao dano a ser reparado, ou seja, para sua fixação na sentença penal o dano deve ser debatido durante o feito criminal.

Assim, o primeiro entrave para o processo penal é a sua própria descaracterização, realizada pela necessidade de introdução de questões puramente cíveis para dentro do processo penal. No ambiente do processo penal, onde a produção de provas possui seu próprio enfoque, com regras e princípios próprios, agora também se debaterão números e valores, como perícias sobre valores de bens, orçamentos para a reparação, entre outras formas probatórias permitidas no juízo cível. Esse desvirtuamento atinge, diretamente, os objetivos do processo penal, os quais, como se sabe, são diferentes dos objetivos do processo civil.¹¹⁸

¹¹⁸ Nesse sentido é a preocupação de, GIACOMOLLI, Nereu José. *Reformas (?) do Processo Penal: considerações críticas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 110, grifo do autor: “Havendo danos indenizáveis, de qualquer natureza, na sentença penal condenatória, há necessidade de o magistrado fixar um valor mínimo a título de reparação dos danos causados pela infração criminal. Esta determinação (que fixará) haverá de ser feita sobre algum sustentáculo probatório carreado ao processo. Ocorre que a perspectiva probatória, desde a proposição de meios de prova até sua avaliação, é diferenciada no âmbito criminal e reparatório. Na esfera criminal, o interesse da acusação é o de punir o acusado, condená-lo a uma sanção criminal e o da defesa é a manutenção do *status libertatis*, o retorno a este (casos

Dessa forma, a fixação da indenização na sentença penal impõe a produção de provas acerca de valores dentro do processo criminal, o que trará, pelos menos, duas consequências negativas ao acusado, quais sejam: desequilíbrio processual; e desrespeito ao julgamento no prazo razoável.¹¹⁹

O desequilíbrio na relação processual (paridade de armas) ocorrerá porque a defesa do acusado deverá se preocupar, também, com a fixação da reparação do dano ao ofendido, enquanto a Acusação Pública estará focada no deslinde criminal, e a vítima (assistente da acusação) preocupada com a apresentação de provas cíveis para justificar a fixação do dano na eventual sentença condenatória, ou seja, a vítima estará atuando da mesma forma que na área cível, parte autora. Nesse sentido é a lição de Nereu José Giacomolli:

Defende-se a tese de se possibilitar a reparação dos danos à vítima no âmbito criminal, mas não sua inserção no polo ativo acusador, o que representaria um desequilíbrio processual em favor da acusação, geralmente engendrada por quem detém mais vantagens que a defesa. Ademais, o *ius accusationis* pertence ao Estado e, caso fosse admitida no polo ativo, desvirtuaria todo o sistema/princípio acusatório. Ainda, ofenderia as garantias processuais, mormente da paridade de armas e da proporcionalidade, que também advém dos arts. 1º e 5º da Constituição Federal.¹²⁰

de prisão cautelar) ou diminuir a potencialidade do *ius puniendi*. Cabe a acusação o encargo de quebrar a presunção de inocência do acusado e demonstrar o afastamento do mínimo censurável. O objeto da prova e a carga desta, na esfera civil têm outra dimensão e poderão desvirtuar as regras probatórias criminais, diante dos danos ao ofendido (condenar para propiciar a fixação de uma indenização).”

¹¹⁹ Conforme GIACOMOLLI, Nereu José. *Reformas (?) do Processo Penal: considerações críticas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 110: “No momento em que o legislador determinou a estipulação de uma indenização dos danos de natureza civil no âmbito de um processo criminal, incrementou o pólo acusador e fragilizou, ainda mais, o pólo defensivo. Isso porque a acusação terá interesse em também levar ao processo criminal a prova destinada à fixação dessa indenização e a defesa, por outro lado, terá mais uma preocupação, além de criar a dúvida razoável no processo, tendente a sua absolvição, preocupar-se-á com a indenização. Ademais, do dever de indenizar, o qual flui naturalmente da condenação, há interesse em sua dimensão, mesmo que provisória. É mais um entrave à resposta da jurisdição criminal dentro do prazo razoável.”

¹²⁰ Segundo, GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, oportunidade e consenso no Processo Penal na perspectiva das garantias constitucionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 83.

E a necessidade de garantir acesso das partes à ampla defesa e ao contraditório quando se tratar de provas cíveis (até mesmo porque, na esfera cível, essa garantia é assegurada ao condenado) prolongará, ainda mais, a resposta jurídico-penal sobre o fato delituoso, desrespeitando a garantia constitucional do prazo razoável.¹²¹ Contudo a produção probatória acerca da reparação do dano durante a fase processual poderia satisfazer o outro problema trazido pela Lei nº 11.719/08, a afronta aos princípios da ampla defesa e do contraditório.

Nota-se que, da forma como está exposta no Código de Processo Penal, a regra do inc. IV do art. 387 do CPP determina a fixação da reparação de danos ao ofendido, independente de pedido acusatório ou de produção de provas nesse sentido,¹²² ou seja, a reparação do dano seria um requisito obrigatório¹²³ da sentença penal, assim como a motivação para a aplicação da pena (art. 387, inc. II, do CPP). Com base nessa leitura, o magistrado deveria fixar a indenização mínima na decisão condenatória, mesmo na ausência de pedido da acusação ou prévia produção de provas sobre o dano, o que violaria os princípios da ampla defesa e do contraditório.

¹²¹ Sobre a garantia da duração razoável do processo, LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade Constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. v. 1, p. 144, quando afirma: “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 uma pena.”

¹²² SANTOS, Leandro Galluzi dos. *As reformas no processo penal: as novas Leis de 2008 e os Projetos de Reforma*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 315: “As discussões no parlamento pautaram-se na possibilidade ou na obrigatoriedade de o juiz assim proceder, pois alguns entendiam que o juiz penal não teria condição de determinar esse valor se entre a data do fato e a data da sentença houvesse transcorrido um considerável prazo. Na época dos trabalhos parlamentares, prevaleceu o posicionamento de que o juiz penal teria completa condição de avaliar este valor mínimo, pois, por exemplo, uma ofensa patrimonial, ainda que decorra grande espaço de tempo entre o fato e a sentença, sempre poderá ser recomposta, bastando que se faça a atualização dos valores por meio de cálculo simples, que não requererá do magistrado conhecimento matemático avançado.”

¹²³ Segundo BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. A sentença penal de acordo com as Leis de Reforma. In: NUCCI, Guilherme de Souza (Org.). *Reforma do Processo Penal*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009. p. 285: “O estabelecimento do valor mínimo da indenização depende de decisão judicial expressa, constituindo requisito da sentença, ao contrário do que se dava no regime anterior, com o efeito civil de tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime (CP, art. 91, I), para o qual é irrelevante o fato de o juiz indicá-lo ou não na decisão. A omissão do valor mínimo da indenização não tornará a sentença nula, mas poderá ensejar embargos declaratórios para sanar a omissão, uma vez que se cuida de requisito da sentença, na nova disciplina, devendo o juiz fazer constar o valor mínimo da indenização ou o motivo pela qual deixa de fazê-lo como, por exemplo, a inexistência de dano patrimonial ou a falta de informações a respeito.”

Por esse motivo, a fixação *ex officio* da reparação dos danos na sentença penal condenatória, conforme está descrita no Código de Processo Penal, ofende as garantias do contraditório¹²⁴ e da ampla defesa, na exata medida em que haverá a aplicação de uma sanção pecuniária (de natureza cível) sem qualquer defesa sobre a matéria.

Não obstante a sua localização no Código de Processo Penal como um dos requisitos da sentença condenatória, não há como negar o caráter de punição contido na norma, pois a decisão condenatória penal impõe (coerção estatal) mais uma forma de pena ao acusado, qual seja a de reparar o dano causado ao ofendido. E a reparação do dano é uma imposição judicial determinada em sentença, que será suportada pelo condenado, e, por esse motivo, deve ser considerada como uma forma de “pena”.¹²⁵

Por essa razão, apesar de prolongar o curso do processo penal (afrontando a duração razoável do processo) e desequilibrando a relação processual, a produção de provas cíveis no âmbito do processo penal seria a forma menos prejudicial ao acusado na aplicação efetiva do inc. IV do art. 387, pois permitir a imposição da reparação do dano à vítima sem qualquer manifestação das partes, conforme determina a lei processual, é algo inadmissível diante dos princípios da ampla defesa e do contraditório, consagrados na Constituição Federal.

¹²⁴ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade Constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. v. 1, p. 542. “O ato de ‘contradizer’ a versão afirmada na acusação (enquanto declaração petítória) é ato imprescindível para um mínimo de configuração acusatória do processo. O contraditório conduz ao direito de audiência e às alegações mútuas das partes na forma dialética. [...] O contraditório é uma nota característica do processo, uma exigência política, e mais do que isso, se confunde com a própria essência do processo. [...] Numa visão contemporânea, o contraditório engloba o direito das partes de debater frente ao juiz, mas não é suficiente que tenham a faculdade de ampla participação no processo; é necessário também que o juiz participe intensamente (não confundir com juiz-inquisidor ou com a atribuição de poderes instrutórios ao juiz), respondendo adequadamente às petições e requerimentos das partes, fundamentando suas decisões (inclusive as interlocutórias), evitando atuações de ofício e as surpresas. Ao sentenciar, é crucial que observe a correlação acusação-defesa-sentença.”

¹²⁵ “La consecuencia del delito es fundamentalmente la coerción penal, cuya manifestación hemos caracterizado como ‘pena’.” ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal: parte general V*. Buenos Aires: EDIAR, 1988. p. 11.

Apresentada a forma menos prejudicial ao acusado para a fixação da indenização da vítima na sentença condenatória, deve-se verificar qual a amplitude dessa reparação mínima do dano decorrente do delito. O dano material, por sua mais fácil quantificação, está incluído, contudo a situação complica-se quando se tratar de delitos que não deixam um prejuízo material, mas, sim, moral, como é o caso da calúnia, ou quando a vítima, em face dos prejuízos decorrentes do delito, deixou de obter lucros (lucros cessantes).

O Código de Processo Penal não traz qualquer ressalva quanto ao tipo de dano ou prejuízo que deve ser ressarcido à vítima na sentença condenatória. A possibilidade de fixar danos morais na sentença condenatória determina uma instrução probatória cível de grande complexidade¹²⁶ que gerará um estudo sobre a vítima e os reflexos causados pelo delito à sua imagem. Assim, o alargamento da instrução criminal ultrapassaria o limite aceitável para o julgamento da lide, o que, sem dúvida alguma, também iria de encontro ao principal objetivo de introduzir a fixação da reparação do dano na sentença criminal, qual seja a busca por celeridade no ressarcimento à vítima. Teríamos uma instrução processual penal mais longa que a cível. Por esse motivo, não se deve permitir a fixação dos danos morais na sentença condenatória.

Também não encontra suporte a fixação de lucros cessantes no juízo criminal, uma vez que se trata de um valor além dos danos materiais (um dano secundário), os quais devem ser fixados no mínimo. Assim, em face da expressão “valor mínimo” e, também, da necessidade de aprofundamento de provas, os lucros cessantes devem ser buscados apenas na esfera cível. Esse é o entendimento de Arthur da Rocha Trigueiros Neto:

¹²⁶ De acordo com, SANTOS, Leandro Galluzi dos. *As reformas no processo penal: as novas Leis de 2008 e os Projetos de Reforma*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 300-301. “Questão que surge é referente à possibilidade de esta condenação abarcar a indenização a título de dano moral. A nós parece impossível esta situação, pois o que pretendeu o legislador foi facilitar a reparação da vítima quando o tamanho do prejuízo fosse evidente, como nos crimes de apropriação indébita ou furto, por exemplo. Porém, quantificar o tamanho da dor da vítima, para conseguir determinar o valor da indenização por dano moral, certamente extrapola a intenção legal.”

Os danos materiais, na modalidade lucros cessantes, deverão ser discutidos em prévia liquidação à propositura da ação civil *ex delicto*. Entendemos ser isso o que se extrai do novo inciso IV do dispositivo legal acima referido, na medida em que o juiz *fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido*. Quando a lei determina ao magistrado fixar valor para a reparação dos danos, está tratando especificamente dos danos emergentes (espécie de danos materiais), exatamente por determinar a sua fixação correspondente aos *prejuízos suportados* pela vítima.¹²⁷

Por fim, diante da abordagem feita, deve-se questionar a necessidade de aplicação dessa norma no processo penal, pois, como visto, sua aplicabilidade encontra uma série de obstáculos de natureza constitucional e processual penal. A preocupação com a figura da vítima e sua dificuldade de obter o ressarcimento do dano sofrido, como se sabe, influenciou diretamente a criação dessa norma, pois, anteriormente, a decisão condenatória transitada em julgado era apenas um título executivo para o âmbito cível, o que determinava muito tempo de espera por parte do ofendido em receber sua indenização.

Assim, buscou-se um caminho para resolver o problema da demora¹²⁸ no ressarcimento do dano à vítima no processo penal, que passou por excluir garantias dos acusados (contraditório, ampla defesa, duração razoável do processo, paridade de armas, entre outras), sem falar na total descaracterização do processo penal.

Mesmo assim, não se conseguiu atingir seus objetivos, pois o que poderia (deveria) desestimular a vítima em propor ação cível,¹²⁹ desafogando essa esfera e antecipando a reparação do dano, não deverá acontecer. A expressão “indenização mínima” para a vítima, salvo melhor juízo, não soa bem, pois dá

¹²⁷ Nesse sentido, transcreve-se o comentário de TRIGUEIROS NETO, Arthur da Motta. *Comentários às recentes reformas do Código de Processo Penal e legislação extravagante correlata*. São Paulo: Método, 2008. p. 146-147.

¹²⁸ A demora na esfera cível é um problema estrutural do Estado, pois as varas cíveis estão abarrotadas de processos e não há pessoas para dar o correto e efetivo andamento.

¹²⁹ GOMES, Luis Flávio. *Comentários às reformas do Código de Processo Penal e da Lei de Trânsito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 315: “A menção a um ‘valor mínimo’ e a possibilidade de buscar, no cível, a complementação, não significam dizer que o juiz deva arbitrar um valor meramente simbólico, como efeito da sentença condenatória que proferiu. Mais que isso, cumpre investigar o alcance do prejuízo, de cunho material, suportado pela vítima para, a partir daí, arbitrar um valor que mais se aproxime do devido, propiciando, assim, uma reparação que seja satisfatória e que desestime a propositura da ação cível, com toda demora e dissabores que são conhecidos.”

um sentido de que a justiça está concedendo um mínimo simbólico, quando, na verdade, depois da condenação transitada em julgado, reconhece-se o direito de a vítima buscar todos os valores decorrentes do dano causado pelo delito.

Por outro lado, se a intenção era desafogar a esfera cível, também não se obteve sucesso, uma vez que os ofendidos não ficarão satisfeitos com um valor mínimo de reparação dos danos, o que os levará a procurar o âmbito cível (e iniciar um processo de conhecimento) para conseguir o valor de indenização que entendem justo. Dessa forma, a ideia de desestimular a ação cível *ex delicto* ficará, na maioria dos casos, prejudicada, pois a vítima terá que se socorrer de um processo cível para obter o restante da reparação. Ou seja, a transferência de parte da discussão sobre a reparação do dano para o âmbito penal não irá solucionar o problema da demora para a vítima receber sua justa indenização.¹³⁰

Também, é incabível a execução provisória da reparação do dano, uma vez que, pelo princípio da presunção de inocência, o acusado só será considerado culpado quando transitar em julgado a condenação criminal. Assim, somente depois do encerramento do processo criminal, o ofendido terá direito de executar a sua indenização mínima.

Por esses motivos, a fixação de um valor mínimo para a reparação do dano na sentença penal condenatória não irá resolver as angústias da vítima; ao contrário, causará inúmeros prejuízos à defesa do acusado, o que indica a inaplicabilidade dessa norma, pois afronta garantias constitucionais do acusado, e não consegue atingir seu principal objetivo (reparar o dano à vítima de forma rápida). Sem dúvida alguma, a ação *ex delicto* ainda é a melhor alternativa para a reparação do dano, porquanto não exige instrução cível dentro do processo penal (descaracterizando o processo penal e desequilibrando a relação processual), não retira garantias do acusado e garante à vítima um título

¹³⁰ Nesse sentido, LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. v. 2, p. 97, grifo do autor: “O mais peculiar é que essa reparação feita na esfera penal não impede que a vítima busque, na esfera cível, um montante maior, posto que o fixado na sentença penal é considerado o ‘valor mínimo’ da indenização.”

executivo para discutir, no local adequado, a reparação integral de seu dano decorrente do delito. Dessa forma, deve-se apoiar o justo ressarcimento da vítima criminal, porém não da forma como está posta no Código de Processo Penal.

3.2.4 Cientificações

As maiores inovações trazidas pelas Leis nº 11.690/08 e 11.719/08 para a proteção da figura da vítima são encontradas no âmbito das cientificações ao ofendido, especificamente no art. 201 do Código de Processo Penal. Realmente, a tendência de aproximação da vítima do processo penal pode ser claramente verificada nessa norma,¹³¹ na qual se concedem direitos que ultrapassem aqueles destinados às partes e, até mesmo, ao acusado.

O antigo art. 201 do Código de Processo Penal tratava do depoimento da vítima perante o juízo, e seu parágrafo único, da falta de comparecimento da vítima sem motivo justificado.¹³² Esses dispositivos foram mantidos com a mesma redação após as reformas, contudo o parágrafo único passou a ser parágrafo 1º, porque foram incluídos mais cinco dispositivos inovadores sobre o tratamento com o ofendido, o que será, pontualmente, lançado a seguir.

O parágrafo 2º do artigo 201 do Código de Processo Penal, incluído pela Lei 11.690/08, determina a comunicação à vítima de alguns atos processuais, a saber: do ingresso ou da saída do acusado da prisão; da designação de audiências; de sentenças e de acórdãos. O direito à informação trazido nesse

¹³¹ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As reformas no processo penal: as novas Leis de 2008 e os projetos de reforma*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 281: “As novas previsões, certamente influenciadas pela moderna tendência de conferir maior proteção à vítima, dizem respeito à sua participação em atos processuais (§§2.º, 3.º e 4.º do art. 201), a medidas de atendimento pessoal (§ 5.º) e à preservação de direitos da personalidade (§ 6.º).”

¹³² “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.” (BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. *Código de Processo Penal*. Rio de Janeiro, 13 out. 1941. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 13 nov. 2009).

parágrafo expressa uma preocupação da ONU com o tratamento das vítimas criminais,¹³³ conforme já tratado nesse trabalho.

Ao que se percebe, a norma supracitada não permite interpretação (isto é, não se trata de uma faculdade do juízo), pois o termo “será” indica uma obrigatoriedade do Poder Judiciário em manter o ofendido informado dos atos ali previstos. Ocorre que haverá casos em que a vítima não desejará envolver-se no processo, nem mesmo tomar conhecimento do curso da ação penal, e para esses casos, espera-se uma flexibilização da norma.¹³⁴

Ainda dentro da questão da comunicação à vítima dos atos processuais, devem-se tecer alguns comentários sobre a comunicação a respeito do ingresso ou da saída do acusado no estabelecimento prisional. Sabe-se que o objetivo do legislador era conceder uma maior proteção à vítima, especialmente nos casos de saída do acusado da prisão, e, por essa razão, tornou a comunicação obrigatória. Nesse sentido, comenta Luiz Flávio Gomes:

Daí a cautela de informar, por questão de segurança, quanto à prisão do acusado e sua saída. Pouco importa, outrossim, se a prisão do agente for cautelar ou decorrer de uma sentença condenatória. Ou se a soltura é conseqüência de sua absolvição ou, antes, da concessão de liberdade provisória ou mesmo de ordem de *habeas corpus*. [...] No Estado de São Paulo, aliás, as normas de serviço dos ofícios judiciais, em seu item 26, determinam ao escrivão-diretor que ‘das sentenças condenatórias proferidas em processos criminais e daquelas prolatadas em procedimento relativo à prática de ato infracional [...], com trânsito em julgado, deverão ser extraídas cópias para encaminhamento às vítimas, ou sendo o caso, aos familiares’ (v. ainda, provimentos CSM 777/2002; CGJ 2/2001 e 5/2002).¹³⁵

¹³³ Nesse sentido, BARROS, Flaviane de Magalhães. *A participação da vítima no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 86: “A questão relativa à participação da vítima no processo penal de iniciativa pública perpassa pela análise de importantes garantias definidas na declaração da ONU e se relaciona à garantia da informação, ao interesse da vítima no resultado final do processo e à preocupação com a reparação do dano.”

¹³⁴ GIACOMOLLI, Nereu José. *Reformas (?) do Processo Penal: considerações críticas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 55, grifo do autor: “Essas comunicações processuais desvirtuam o processo penal, na medida em que o direito de acusar (*ius acusationis*) e o direito de aplicar a pena (*ius puniendi*), pertencem a um órgão oficial, estatal e não ao ofendido. Ademais, essas comunicações criam falsas expectativas no ofendido, reavivam os sentimentos em relação ao causador do dano, aumentando seu sofrimento, mormente nas situações em que não dispõe de conhecimentos suficientes acerca do processo penal (regra).”

¹³⁵ GOMES, Luis Flávio. *Comentários às reformas do Código de Processo Penal e da Lei de Trânsito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 298-299, grifo do autor.

Contudo essa obrigatoriedade de informação à vítima, repita-se, deve ser flexibilizada e somente repassada para o ofendido que, de fato, possuir interesse,¹³⁶ pois a notícia de que a pessoa que lhe causou um grave dano (fala-se em grave, uma vez que delitos de menor potencial ofensivo, normalmente, não permitem prisão preventiva) não se encontra mais no cárcere, pode gerar um grande desconforto ou até mesmo mais problemas (de ordem psicológica) para a vítima.

O ponto positivo do parágrafo 2.º fica a cargo da comunicação da vítima sobre o julgamento (sentença e acórdão) do acusado, pois será uma forma de a vítima tomar conhecimento do resultado do processo. E, inclusive, poderá se habilitar como assistente para recorrer em caso de decisão absolutória ou, em caso de sentença condenatória, ter conhecimento da possibilidade de reparação do dano causado pela infração penal.¹³⁷

Nesse contexto, o parágrafo 3º prevê a possibilidade de a vítima escolher o meio pelo qual quer ser comunicado e em qual local. Assim, se há uma possibilidade de escolha do meio pelo qual quer ser comunicada, deve-se permitir que a vítima possa escolher não ter informações sobre o caso, o que flexibilizaria a regra do § 2.º.

O parágrafo 4º concede um espaço reservado para a vítima antes do início e durante a realização da audiência, o que demonstra, mais uma vez, a preocupação de legislador para com a segurança do ofendido. Entretanto, apesar de ser exemplar a providência para a segurança da vítima, nesse ponto parece que o legislador desconhece a maioria dos nossos prédios de Justiça,

¹³⁶ Nesse sentido, MARTINEZ, Sara Aragoneses. Introducción al régimen procesal de la víctima del delito: deberes y medidas de protección. *Revista de Derecho Procesal*, Madrid, n. 2, p. 409-439, 1995, p. 413: “En ciertos casos han manifestado su preferencia por tener garantías de no sufrir futuros ataques; en otros, prefieren olvidar el incidente lo antes posible y ni siquiera llegan a solicitar la ayuda estatal. Según diversos estudios realizados, los intereses prioritarios de las víctimas son ser consultadas por los profesionales que intervienen en la administración de justicia, tener información sobre sus derechos y la marcha del proceso, y recibir ayuda emocional.”

¹³⁷ Segundo, LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade Constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. v. 1, p. 645: “Por outro lado, a comunicação da sentença é importante principalmente para permitir o recurso do assistente da acusação não habilitado, cujo prazo para a interposição é de 15 dias (art. 598, parágrafo único, do CPP).”

pois não possuem estrutura nem para acomodar o acusado (sujeito principal do processo), a defensoria, os advogados, o que dirá o ofendido. Nesse sentido, Nereu José Giacomolli:

Isso se observa na determinação de a vítima possuir um espaço reservado (art. 201, § 4º, CPP), nos locais de realização das audiências (Fórum), quando sabemos que, em muitos lugares desse Brasil, nem os defensores e a Defensoria Pública (onde existe) possuem local apropriado nos foros para exercerem sua função constitucional.¹³⁸

Prosseguindo, o parágrafo 5º prevê a possibilidade de encaminhamento da vítima para atendimento multidisciplinar a expensas do ofensor ou do Estado. A iniciativa, também fruto de uma preocupação da ONU, é extremamente válida, pois concederá ao ofendido o atendimento multidisciplinar, de acordo com as reais necessidades surgidas a partir da ocorrência do delito. No entanto, mais uma vez o legislador ultrapassa o limite da nossa realidade, pois o Estado não possui condições de cumprir com os direitos constitucionais do acusado preso, o qual está sob sua custódia o respeito à integridade física e moral (e o não apenamento cruel). Os presídios, em sua maioria, não possuem as mínimas condições de abrigar um ser humano.¹³⁹ Nossos hospitais não possuem capacidade para atender o contingente normal. Nesse caso, a pergunta que resta é como o Estado oferecerá tratamento específico para a vítima se não investe o suficiente em saúde, e esquece, por completo, o sistema carcerário.

Além do mais, os custos para o tratamento da vítima, antes de uma sentença condenatória transitada em julgado, só poderá ser exigido do Estado,

¹³⁸ GIACOMOLLI, Nereu José. *Reformas (?) do Processo Penal: considerações críticas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 53-54. No mesmo sentido, GOMES, Luis Flávio. *Comentários às reformas do Código de Processo Penal e da Lei de Trânsito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 298-299: “A preocupação, aqui, consiste em preservar a segurança do ofendido, seriamente comprometida acaso, por exemplo, tivesse que ocupar o mesmo espaço físico do réu. O parágrafo único do art. 210, também prevê a existência de um espaço reservados para as testemunhas. Conhecendo a realidade física de nossos prédios, parece pouco provável a existência de salas para vítima, testemunhas de acusação e de defesa.”

¹³⁹ Segundo, GIACOMOLLI, Nereu José. *Reformas (?) do Processo Penal: considerações críticas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 54: “E o tratamento ao apenado, o que vem ocorrendo? A Lei de execução Criminal determina a submissão do apenado a exame criminológico para fins de classificação e também de individualização da pena (art. 8º), que tenha assistência material, educacional, jurídica, social e à saúde (art. 10 a 24). A realidade fala por si só e dispensa maiores referências à degradação da vida, em todas as suas dimensões (biológica, cognitiva e social) nos cárceres brasileiros.”

uma vez que o princípio da presunção de inocência impede essa imposição ao acusado antes do final do processo.

Por fim, a preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem do ofendido está resguardada pelo dispositivo previsto no parágrafo 6º, segundo o qual o magistrado poderá determinar o segredo de justiça dos dados, depoimentos e outras informações constantes dos autos, nestes termos:

§ 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.

Trata-se de uma forma de preservação da imagem da vítima, que também é reconhecida para a figura do acusado. Contudo, para o acusado, a proteção de sua imagem possui caráter constitucional. Esses são os ensinamentos de Nereu José Giacomolli:

A preservação da intimidade, vida privada, honra, imagem e a necessidade de evitar a exposição abusiva aos meios de comunicação (art. 201, § 6.º, CPP), aplica-se à vítima, mas, como preceito constitucional, aos acusados, em razão da presunção de inocência, que é um princípio de elevado potencial político e jurídico, indicativo de um modelo basilar e ideológico de processo penal. Desse princípio emanam regras acerca da liberdade dos indivíduos, sobre o encargo probatório e regras de tratamento aos suspeitos e acusados, da qual se infere não ser possível retirar da pessoa a integralidade do *status* que lhe confere a presunção de inocência, motivo por que não se admite qualquer estigmatização em face da imputação (tratamento externo), de uma sentença sem o trânsito em julgado, ou mesmo de uma sentença absolutória ou extintiva da punibilidade.¹⁴⁰

O que se deve destacar é que a grande concessão de direitos, como a trazida pela Lei nº 11.690/08, gera uma grande expectativa para a vítima, no sentido de melhorar sua situação na esfera processual penal. Contudo, ao chegar ao processo a vítima irá se deparar, mais uma vez, com o descaso do Estado para com ela, pois não concedeu o espaço determinado em lei ou não concedeu o tratamento adequado após a ocorrência do delito. Sem dúvida,

¹⁴⁰ GIACOMOLLI, Nereu José. *Reformas (?) do Processo Penal: considerações críticas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 55.

quanto maiores as expectativas com a concessão de direitos, maior será nova vitimização do ofendido, caso o Estado não cumpra as novas regras processuais.

3.2.5 Do depoimento da vítima e a prova nos delitos sexuais

Um grande espaço no campo do processo penal é destinado a matéria de prova e, por certo, algumas questões são altamente controvertidas. No que interessa ao presente trabalho, há grande debate acerca do valor probatório do depoimento da vítima,¹⁴¹ especialmente no caso de delitos que são cometidos na clandestinidade, entre eles os delitos sexuais.

Inicialmente, como se sabe a vítima penal não é considerada testemunha no processo penal, ou seja, pela regra o depoimento da vítima “teria” menos valor que o depoimento de uma testemunha (sem qualquer vínculo com as partes)¹⁴². O ofendido é parcial, possui interesse no resultado da causa, e, por esse motivo, não presta compromisso de dizer a verdade e não compõe o número máximo de testemunhas.¹⁴³ Apesar da impossibilidade de cometer o delito de falso testemunho, poderá o ofendido incorrer no delito de denúncia caluniosa.

Mesmo com essa clara parcialidade do depoimento do ofendido, os tribunais brasileiros tem admito sua força, para fins de condenação, quando ausente outras testemunhas. A razão para isso é que em alguns delitos (especialmente os sexuais),

¹⁴¹ Nesse sentido, DEZEM, Guilherme Madeira. *Da prova penal: tipo processual, provas típicas e atípicas*. Campinas: Millennium, 2008. p. 227: “Questão da mais controversas refere-se ao valor probatório das declarações do ofendido. Tendo em vista seu natural interesse no feito, seu depoimento não tem o mesmo valor que o depoimento de uma testemunha.”

¹⁴² Conforme, LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade Constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. v. 1, p. 645. “Assim, se no plano material está contaminada (pois faz parte do fato criminoso) e, no processual, não presta compromisso de dizer a verdade (também não pratica o delito de falso testemunho), é natural que a palavra da vítima tenha menor valor probatório e, principalmente, menor credibilidade, por seu profundo comprometimento com o fato.”

¹⁴³ Segundo, DEZEM, Guilherme Madeira. *Da prova penal: tipo processual, provas típicas e atípicas*. Campinas: Millennium, 2008. p. 226: “Não se confundem os conceitos de *testemunha* e de *ofendido*. Com efeito, o papel de cada um no processo penal é distinto: a testemunha é terceiro estranho ao quadro do processo e dela pode-se esperar imparcialidade. Já o ofendido é diretamente atingido pelo delito e dele não se pode exigir a imparcialidade, daí porque o ofendido: (a) não presta compromisso; (b) presta declarações e não depoimento; (c) não compõe o rol do número máximo de testemunhas;”

por sua natureza, não contam com testemunhas¹⁴⁴. Dessa forma, leva-se em conta o depoimento da vítima e alguma outra prova que venha a reforçar sua versão, como por exemplo o DNA do acusado¹⁴⁵.

No entanto, essa interpretação desenvolvida pelos tribunais pátrios gera inúmeros riscos às garantias dos acusados e somente deve ser utilizada quando existir alguma outra prova (robusta) que indique a autoria e a materialidade. Fala-se em riscos, pois a estrutura do processo penal, baseada na presunção de inocência, determina que a prova deve ser realizada pela acusação¹⁴⁶ e que, se restar dúvidas ao final do processo, o resultado deverá ser a absolvição (in dubio pro reo).

Assim, a possibilidade de condenação criminal baseada na palavra da vítima não se conforma com a garantia da presunção de inocência e com o in dubio pro reo, pois se trata de depoimento que a vítima sequer é compromissada a dizer a verdade.

Para além disso, se a palavra da vítima for considerada como prova suficiente de basear uma condenação criminal, a lógica do processo será invertida, pois o acusado, diante da acusação da vítima, é que deverá provar a sua inocência

¹⁴⁴ DEZEM, Guilherme Madeira. *Da prova penal: tipo processual, provas típicas e atípicas*. Campinas: Millennium, 2008. p. 227: “No entanto, é sabido que muitos crimes têm como característica a clandestinidade, ou seja, a ausência de testemunhas, fato que motivou a jurisprudência a atenuar o rigor na análise deste depoimento e a permitir a condenação com base no depoimento da vítima.”

¹⁴⁵ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade Constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. v. 1, p. 646. “Nesse casos, considerando que tais crimes são praticados – majoritariamente – às escondidas, na mais absoluta clandestinidade, pouco resta em termos de prova do que a palavra da vítima e, eventualmente, a apreensão dos objetos com o réu (no caso de crimes patrimoniais), ou a identificação de material genético (nos crimes sexuais). Nesse casos, a palavra coerente e harmônica da vítima, bem como a ausência de motivos que indicassem a existência de falsa imputação, cotejada com o restante do conjunto probatório (ainda que frágil), têm sido aceitas pelos tribunais brasileiros para legitimar uma sentença condenatória. Mas, principalmente nos crimes sexuais, o cuidado deve ser imenso. Se de um lado não se pode desprezar a palavra da vítima (até porque seria uma odiosa discriminação), por outro não pode haver precipitação por parte do julgador, pois a história judiciária desse país está eivada de imensas injustiças nesse terreno (a recordar, sempre, entre centenas de outros, o chamado “Caso Escola Base”, em São Paulo).”

¹⁴⁶ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade Constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. v. 1, p. 536. “É importante recordar que, no processo penal, não há distribuição de cargas probatórias: a carga da prova está inteiramente nas mãos do acusado, não só porque a primeira afirmação é feita por ele na peça acusatória (denúncia ou queixa), mas também porque o réu está protegido pela presunção de inocência.”

buscando provas negativas de sua participação no delito, o que, como se sabe, não é nada fácil.

Ainda, essa modificação de valoração do depoimento da vítima de acordo com o delito que sofreu não afronta as regras de processo penal? Apenas em certos delitos o depoimento da vítima é considerado como suficiente para a condenação? Só as vítimas dos delitos sexuais é que falam a verdade? Não se pode admitir a flexibilização da norma da forma proposta pelos tribunais brasileiros. Se a palavra da vítima tem a força de uma condenação, deve ser submetida aos mesmos procedimentos das outras testemunhas. Em sendo submetida aos procedimento de uma testemunha qualquer, seu depoimento deverá ser válido para todo e qualquer delito, sob pena de criarmos leis processuais para cada tipo de delito.

3.3 LEIS PENAIS ESPECIAIS

Assim como no Código de Processo Penal, as Leis Penais Especiais também possuem determinações, direitos e procedimentos que demonstram uma preocupação com a figura da vítima criminal. Dentre as inúmeras Leis Especiais, destacam-se três leis, que tratam sobre a matéria, a saber: lei de proteção a vítimas e testemunhas; a lei Maria da Penha; e a Lei dos Juizados Especiais Criminais. Merecem destaque, pois trouxeram inovações que visam buscar uma maior proteção e destaque para a vítima criminal.

3.3.1 Lei nº 9.807/99 (Lei de Proteção a Vítimas e Testemunhas).

Trata-se de legislação¹⁴⁷ que busca a proteção de vítimas e testemunhas que se encontrem *coagidas ou expostas a grave ameaça* em face da colaboração com o processo criminal (ou investigação). Com essa preocupação, criou-se, no âmbito do Ministério da Justiça, o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas.

¹⁴⁷ Nessa mesma legislação, encontra-se a previsão legal para a proteção de réus colaboradores, instituto da delação premiada, que gera grande controvérsia na atualidade.

A proteção à vítima (ou testemunha) será concedida por decisão de um Conselho Deliberativo, composto por representantes do Ministério Público, Poder Judiciário, e Órgãos Públicos e Privados relacionados com a segurança pública e defesa de direitos humanos. *Levar-se-á em conta a gravidade da coação ou da ameaça à integridade física ou psicológica, a dificuldade de preveni-las ou reprimi-las pelos meios convencionais e a sua importância para a produção da prova* (art. 2º).

Nesse ponto, repara-se que, apesar de ser uma lei de proteção à vítima, essa proteção está, ao final, condicionada à importância da prova que poderá ser produzida. Sob outro olhar, só será concedida a proteção se a prova for interessante para o processo, caso contrário não há interesse em proteger a vítima. Assim, ao que se percebe, o objetivo da lei é a proteção da prova e não da pessoa ameaçada, tanto que há prazo máximo para a proteção, de dois anos (art. 11). Somente em casos excepcionais, a proteção pode ser prorrogada (art. 11, parágrafo único).

No plano dos benefícios aos protegidos, o art. 7º regulamenta que os benefícios serão concedidos de acordo com a gravidade e circunstância de cada caso. Entre eles, inclui-se: segurança na residência e escolta nos deslocamentos para a residência (para fins profissionais ou prestar depoimentos); transferência da residência ou acomodação provisória; ajuda financeira mensal para prover as despesas, quando o protegido estiver impossibilitado de desenvolver seu trabalho ou quando não houver qualquer renda; apoio e assistência social, médica e psicológica; sigilo em relação aos atos praticados em virtude da proteção concedida.

Ainda nesse campo, em casos excepcionais, permite-se a alteração completa do nome, podendo ser estendida aos familiares da vítima ou testemunha. Após o fim das ameaças e coações, o protegido poderá escolher a permanência do nome ou o retorno do nome original.

Dependendo do caso concreto, há permissão para a proteção alcançar pessoas que possuam convivência com a vítima, como seus familiares, o que se

mostra, sob todos os ângulos, uma medida interessante, pois as ameaças e as coações podem ser realizadas contra familiares da vítima ou testemunha.

Recentemente, no mês de setembro de 2011, a lei de proteção às vítimas e testemunhas foi acrescida de dois dispositivos,¹⁴⁸ um deles determinando prioridade nos julgamentos em que existam vítimas ou testemunhas sob a proteção do Estado, e outro, impondo a necessidade de se tomar, antecipadamente, o depoimento da pessoa protegida, independentemente do rito processual, devendo o magistrado justificar a eventual impossibilidade de fazê-lo.

Todas as medidas concedidas por essa lei serão adotadas, executas e mantidas em sigilo por todas as pessoas envolvidas na sua execução, e o protegido ficará obrigado a cumprir com as normas prescritas no programa, sob pena de exclusão da proteção, o que será decidido pelo Conselho Deliberativo, com a oitiva do Ministério Público.

Nesse ponto, há uma obscuridade da lei. Impõe-se, sob pena de exclusão, o cumprimento de normas prescritas pelo programa, contudo não se esclarece quais são essas normas. O que se deve atentar é que as pessoas protegidas prestarão depoimentos em processo criminal, e, assim, não se podem admitir acordos obscuros entre acusação e vítima ou testemunha, em troca de proteção estatal. O Estado, segundo nossa Constituição, tem o dever de garantir a proteção de todos. Assim, trata-se de lei que concede direitos às vítimas, porém preocupada, na verdade, com a produção de prova, ou seja, a vítima continua sendo tratada como se fosse um objeto no processo penal.

¹⁴⁸ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Código Civil*. Brasília, DF, 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12483.htm>. Acesso em: 19 set. 2011.

3.3.2 Lei nº 11.340/06 (Lei Maria da Penha).

Entre as recentes alterações que concederam uma maior importância aos ofendidos, apresentam-se as medidas urgentes no caso de violência doméstica como as que causaram um maior impacto na relação processual penal. Esse é o nítido caso em que a concessão de direitos ao ofendido choca-se, diretamente, com direitos básicos do acusado. Por esse motivo, a análise da Lei 11.340/06 ficará restrita aos pontos problemáticos, ou seja, onde há choque de interesses entre direitos das vítimas e direitos dos acusados.

Contudo, de início, volta-se a afirmar que não se apresenta uma visão contra a concessão de direitos a vítimas, pois, realmente, são esquecidas pelo Estado. Entretanto a concessão de direitos às vítimas não deve prejudicar os direitos e as garantias dos acusados.

A Lei Maria da Penha demonstra uma evolução no tratamento da vítima, quando concede um rol de medidas protetivas a favor da ofendida, no seu art. 23. Dentre eles, por exemplo, de natureza cível (separação de corpos, suspensão de procuração outorgada pela ofendida, etc.) e de natureza assistencial (encaminhamento para programas de atendimento multidisciplinar).¹⁴⁹

No entanto a parte problemática da Lei nº 11.340/06 consiste na permissão de a vítima escolher as medidas protetivas (de cunho penal) contra o acusado. Trata-se de algo inadmissível no nosso ordenamento jurídico penal, especialmente para aqueles que entendem que a atuação da vítima no processo penal se restringe ao interesse civil. A coerência de aplicação de institutos deve se mantida, ou seja, se não se admite a intervenção da vítima (assistente da acusação) para aumentar a pena do acusado, não se pode admitir que a vítima escolha a medida protetiva (restritiva de direitos ou, até mesmo, restritiva de

¹⁴⁹ PRADO, Geraldo. *Comentários à lei de violência doméstica e familiar contra a mulher*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 103: “As medidas de proteção de índole estritamente civil devem guardar algum nexo de funcionalidade com as funções cautelares indicadas na alínea ‘b’. Todavia, estas referidas medidas de proteção somente persistirão em seus efeitos se proposta a ação civil principal, perante o juiz competente.”

liberdade), sob pena de se trazer o sentimento de vingança de volta ao procedimento criminal.

Nesse sentido, o artigo 12, §1º, inciso III, trata do requerimento de medida urgente que deve conter a descrição sucinta do fato e das medidas protetivas solicitadas pela ofendida. Ou seja, pergunta-se à vítima, logo após a agressão ou na sua iminência, qual seria a medida urgente, dentro daquelas prevista na lei, por ela solicitada.

Sem dúvida, trata-se de uma inovação dentro de nosso sistema processual penal, na qual a vítima poderá escolher (solicitar) a medida processual contra seu agressor, entre elas: afastamento do lar, suspensão da posse ou restrição de porte de arma de fogo, proibição de determinadas condutas. Outra inovação procedimental indica que as medidas protetivas de urgência serão concedidas pelo magistrado, sem a necessidade de ouvir o Ministério Público.

Permitir que a vítima escolha qual a medida urgente adequada para seu agressor é, guardando algumas diferenças, permitir a vingança privada. Trata-se de um retrocesso processual penal, pois permite que a vítima, no momento de maior desejo de vingança, escolha medidas restritivas (até mesmo de liberdade) disponíveis na lei contra seu agressor. É conceder ao ofendido o poder de punir seu agressor.

Para além disso, analisa-se a fragilidade de elementos probatórios no momento de conceder ou não a requerida medida protetiva. Segundo a lei, após a lavratura do boletim de ocorrência e do requerimento de medida urgente protetiva, deve-se encaminhar para decisão do Juízo competente, no prazo máximo de 48 horas. A fragilidade encontra-se no pequeno prazo para se colherem provas e, especialmente, nos delitos que não deixam vestígios, ou seja, em que a perícia não pode comprovar a materialidade delitiva. Por esse motivo, o princípio constitucional da presunção de inocência, bem como a

necessidade de fundamentação das decisões judiciais devem estar presentes, a fim de exigir um lastro probatório mínimo para decretar a medida protetiva.¹⁵⁰

Por fim, deve-se atentar para duas vedações trazidas pela Lei nº 11.340/06, as quais impedem a aplicação da Lei nº 9.099/95 (art. 41), bem como condenação as penas de cestas básicas ou prestações pecuniárias (art. 17). Nesse ponto, é clara a preocupação do legislador com a vítima de violência doméstica.

Proíbe-se no art. 17, expressamente, a imposição de penas de cestas básicas ou outras de prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que importe apenas o pagamento isolado da multa. Assim, a intenção do legislador, diante de casos de violência doméstica, é impossibilitar essa substituição da pena, por entender que não seria adequada para prevenir o delito. Contudo, desnecessária essa vedação, pois o rol de penas restritivas de direitos é amplo e sua aplicação (substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos) exige uma fundamentação¹⁵¹ concreta do magistrado sobre o caso *sub judice*, incluindo o motivo pelo qual a pena restritiva eleita é a mais adequada para o caso. Dessa forma, caso o magistrado entenda que a pena pecuniária não é a mais adequada à situação, aplica-se outra. Porém essa vedação impede a substituição por penas pecuniárias, mesmo que o caso esteja

¹⁵⁰ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Comentários à lei de violência doméstica e familiar contra a mulher*. 2. ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2009. p. 96: “A ausência de formalidade, contudo, não exonera a requerente de demonstrar a existência dos pressupostos para o deferimento da medida. Esta exigência é inafastável, uma vez que o deferimento importará a restrição de direitos de outrem, até mesmo de direitos fundamentais. Assim, embora singelo, o pedido de apoiar-se em suporte probatório que indique a necessidade do deferimento da medida pleiteada, sob pena de indeferimento. A pretexto de proteger a mulher, não se pode suprimir direitos de quem quer que seja sem adequados indícios e fundamentação. O princípio constitucional da presunção de inocência deve sobrepair também a lei de violência doméstica.”

¹⁵¹ Sobre essa matéria, cita-se SCHEID, Carlos Eduardo. *A motivação das decisões penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 93: “Sob todos os títulos, a motivação das decisões judiciais se justifica, especificamente, a partir de dois planos de análise: de logo, (i) em ‘caráter endoprocessual’, tendo-se em vista que se cuida de garantia constitucional e processual constituída para que as partes (acusação e defesa) possam conhecer as razões da decisão judicial, permitindo, ainda, que o órgão jurisdicional de segundo grau tenha a possibilidade de controlar a atividade jurisdicional da instância inferior; e, por outro ângulo, (ii) em um ‘caráter extraprocessual’, porquanto a motivação permite o controle social sobre a atividade jurisdicional, tornando possível, com efeito, a legitimação da função judicial por meio de uma atividade democrática.”

a merecer essa solução, medida que não ultrapassa o filtro constitucional, pois afronta o princípio da individualização da pena.¹⁵²

Salienta-se que a vedação atinge apenas a prestação pecuniária, cestas básicas ou a substituição por aplicação apenas da multa. No entanto as demais penas restritivas de direitos continuam com plena aplicabilidade nos casos de que trata a Lei Maria da Penha.¹⁵³

A segunda vedação expressa da lei recai sobre, independentemente da pena prevista, a aplicação da Lei 9.099/95 ao caso concreto de violência doméstica. Essa vedação atinge a maioria dos delitos de violência familiar, os quais possuiriam aplicação da Lei nº 9.099/95 (e, logo, dos institutos despenalizadores), visto que não ultrapassariam a limite de dois anos para pena máxima (art. 2, § único, da Lei nº 10.259/2001). A Lei Maria da Penha, com essa vedação, está elevando delitos considerados de menor potencial ofensivo para a categoria de delitos de gravidade elevada, para os quais não há oportunidade de consenso.

A supressão da zona de diálogos e a impossibilidade de consenso¹⁵⁴ são as maiores críticas que a Lei Maria da Penha enfrenta. A tentativa de diálogo e a oportunidade de consenso entre a vítima de violência doméstica e o autor do fato não significa ausência de repressão estatal e impunidade, mas, sim, uma

¹⁵² Sobre o princípio da individualização da pena, PESCE LAVAGGI, Eduardo. *La individualización de la pena en nuestro ordenamiento jurídico penal*. Montevideo: Carlos Alvarez, 2003. p. 12: “Posteriormente con el surgimiento del positivismo y de las teorías preventistas especiales de la pena, cobra importancia la consideración del delincente, quién en definitiva debe sufrir la pena, lo que lleva a que el juez debe evaluar en cada caso concreto la aplicación de las medidas necesarias para el cumplimiento de los fines preventistas, y como consecuencia se aumenta su arbitrio se amplía su margen de discrecionalidad.”

¹⁵³ PRADO, Geraldo. *Comentários à lei de violência doméstica e familiar contra a mulher*. 2. ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2009. p. 90: “Neste contexto, creio que a melhor interpretação repousa no que está expresso neste artigo 17: isto é, em condenação por infração penal antes definida como de menor potencial ofensivo, observada a não reincidência como regra, não há vedação expressa à aplicação de outras penas restritivas de direito, exceto à pena de prestação pecuniária que, vulgarizada, fez a ‘má fama’ dos Juizados Especiais Criminais junto aos movimentos feministas e à sociedade em geral.”

¹⁵⁴ GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, oportunidade e consenso no Processo Penal na perspectiva das garantias constitucionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 72: “A origem da palavra *consenso* está em *consensus*, termo latino que significa ação ou efeito de consentir, de dar o consentimento. Assim, o consenso pressupõe a existência de mais de uma parte, em pólos antagônicos, em dissenso, as quais aceitam determinada solução com emissão volitiva em um mesmo sentido, ou de um encontro de vontades.”

tentativa de solução rápida de um conflito, por meio de um acordo (seja acordo civil, conciliação, transação penal ou suspensão condicional do processo), permitindo que a vítima e o acusado se manifestem,¹⁵⁵ perante um órgão jurisdicional, para tentar resolver seu conflito. Para os ambientes familiares, essa deveria ser a primeira forma de abordagem de um caso envolvendo violência doméstica, antes de envolver as formalidades de um processo criminal. Contudo a Lei Maria da Penha veda taxativamente essa possibilidade.

Entendendo pela constitucionalidade desse artigo, há nítidos prejuízos para todas as partes envolvidas no presente caso, inclusive para a mulher vítima.¹⁵⁶ A inaplicabilidade da Lei nº 9.099/95 impõe o rito processual estabelecido no Código de Processo Penal, o que determina a existência de um inquérito policial e uma ação penal seguindo os ditames formais do Código dos Ritos. Assim, não haverá solução dos casos de forma célere, com o que todas as partes envolvidas perdem. Nesse sentido veja-se os ensinamentos de Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho:

O termo circunstanciado, previsto no artigo 69 da Lei nº 9.099/95, com a simplicidade e a informalidade que lhe são inerentes, não pode ser utilizado, razão porque voltar-se-á para o tantas vezes praticado inquérito policial do Código de Processo Penal, longo, moroso e formal. A substituição da prisão em flagrante pelo termo circunstanciado, admitida pelo artigo 69, parágrafo único, da Lei nº 9.099/95, também não poderá ser feita. Contudo, essa interpretação também redundaria na mesma crítica que se fez quanto ao princípio da igualdade. O procedimento sumaríssimo da mesma Lei evidentemente não pode ser aplicado. Conforme a pena seja de reclusão ou de detenção, serão utilizados os procedimentos do Código de Processo Penal, conforme o comentário do artigo 13 desta Lei. Enfim, o que havia de bom na Lei nº 9.099/95 – a celeridade e a informalidade – não poderá ser aproveitado

¹⁵⁵ PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. *Justiça restaurativa: da teoria à prática*. São Paulo: IBCCRIM, 2009. p. 56. “Tal diálogo visa beneficiar tanto vítima quanto infrator, vez que a vítima poderá expressar seu sofrimento decorrente do delito diretamente ao infrator, enquanto este poderá tomar consciência do dano realizado, em razão da proximidade com o sofrimento da vítima.”

¹⁵⁶ Esse alerta é feito por, GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, oportunidade e consenso no Processo Penal na perspectiva das garantias constitucionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 83: “O descaso com a vítima, após ter sido atingida pela infração criminal, seu etiquetamento, a falta de apoio psicológico, as pressões a que se vê submetida, a necessidade de reviver o delito através do comparecimento em juízo, é uma realidade em nosso ordenamento jurídico. Isso se revela mais acentuado na violência doméstica e sexual, principalmente contra mulheres.”

na Lei 11.343/2006. Em seu lugar, volta-se ao formalismo excessivo do Código de Processo Penal.¹⁵⁷

Sem dúvida, o principal prejudicado é o acusado que, não obstante o delito praticado permitir (até mesmo indicar) a aplicação dos institutos despenalizadores, esses não serão ofertados.

Sob o olhar das vítimas em geral, tratar determinado gênero de vítimas de forma especial, como se verifica na violência doméstica, gera uma desigualdade entre as demais vítimas de crimes, que por muitas vezes são atingidas de forma mais grave e, mesmo assim, seus agressores possuem direito aos institutos despenalizadores.

Ou ainda, nos dizeres de Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho:

Não se concebe que uma ameaça praticada por uma mulher em relação a um homem, em ambiente doméstico e familiar, permita a transação penal e a suspensão condicional do processo e, na hipótese inversa, a inadmita pela só circunstância da diferença de gênero. O mesmo sucede com outros crimes: injúria, difamação, calúnia, lesão corporal leve (em que é cabível a suspensão condicional do processo) etc. O princípio da isonomia restaria, assim, seriamente ofendido, e a inconstitucionalidade seria gritante.¹⁵⁸

Além do mais, os institutos despenalizadores não são concedidos de forma desregrada a qualquer acusado, independente de seu histórico criminal. Muito pelo contrário, tanto a transação penal quanto a suspensão condicional do processo possuem requisitos rígidos e específicos para sua concessão, como se verificará no próximo item a ser estudado.

Por esses motivos, deve-se entender que a Lei Maria da Penha está na contramão das modernas legislações, ao passo que, mesmo em delitos de menor potencial, se exija um processo penal formal, com uma resolução, por óbvio mais tardia, sem qualquer hipótese que a aplicação dos institutos penais

¹⁵⁷ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Comentários à lei de violência doméstica e familiar contra a mulher*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 176.

¹⁵⁸ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Comentários à lei de violência doméstica e familiar contra a mulher*. 2. ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2009. p. 175.

despenalizadores.¹⁵⁹ Por outro lado, verifica-se uma grande concessão de benefícios e direitos a um exclusivo gênero de vítimas, o que determina, infelizmente, uma rota de colisão entre os direitos constitucionais dos acusados e direitos concedidos às vítimas.

3.3.3 Lei nº 9.099/95 (Juizados Especiais)

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 98, inc. I, trouxe a previsão dos Juizados Especiais Criminais, o qual foi instituído a partir da Lei nº 9.099/95. Os Juizados Especiais Criminais¹⁶⁰ merecem grande destaque no presente trabalho, pois foi a primeira legislação brasileira a resgatar a vítima criminal, concedendo-lhe, nas infrações consideradas de menor potencial ofensivo, a possibilidade de acordo entre vítima e autor do fato, excluindo, assim, a necessidade da longa tramitação do processo penal tradicional.¹⁶¹

Primeiro ponto para se abordar, refere-se à distinção de delitos de menor potencial ofensivo, a qual vem estampada no art. 61 da Lei nº 11.313/06 (que alterou as Leis 9.099/95 e 10.259/01), considerando *infrações penais de menor*

¹⁵⁹ No mesmo sentido, GIACOMOLLI, Nereu José. *Juizados especiais criminais: Lei 9.099/95: abordagem crítica*. 3. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 244: “O maior retrocesso em termos alternativos ao processo penal tradicional adveio com a Lei Maria da Penha (Lei 11.340/06), na medida em que vedou as soluções penais e processuais penais consensuais justamente nas situações onde este é a melhor solução, pois a verticalização das soluções penais, nessas espécies de processos aumenta a litigiosidade.”

¹⁶⁰ Sobre a informalização da justiça, AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Conciliar ou punir?: dilemas do controle penal na época contemporânea. In: CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre (Org.). *Diálogos sobre a justiça dialogal: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da Justiça Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 67: “Quer se fundamentem na necessidade de redução da complexidade e da turbulência do meio social, estabilizando as relações entre os integrantes da sociedade civil e desta com o Estado, quer privilegiem uma perspectiva instrumental de acessibilidade, eficácia e economia administrativa, as chamadas soluções conciliatórias ou informalizantes visam promover a interação face a face entre vítima e acusado, como forma de superar o conflito que está na origem do suposto fato delituoso.”

¹⁶¹ Segundo, GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, oportunidade e consenso no Processo Penal na perspectiva das garantias constitucionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 307-308: “Portanto, destas disposições legais se infere que, tratando-se de uma infração que se processa por ação penal pública, vige, no sistema brasileiro, o princípio da legalidade. Entretanto, a reforma constitucional de 1988 permitiu que, nas infrações de menor potencial ofensivo, nas hipóteses previstas em lei, fosse possibilitado ao Ministério Público oferecer ao réu uma medida alternativa à dedução de uma pretensão acusatória, ao processo e à pena clássica (art. 98, I, da CF). A Lei 9.099/95 conceituou as infrações de menor potencial ofensivo, delimitando o consenso na esfera do processo penal, introduzindo a possibilidade de transacionar, inclusive, sobre a continuação ou não do processo, ademais de outorgar efeitos impeditivos da dedução de uma pretensão penal ao acordo civil.”

*potencial ofensivo, para os efeitos desta lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.*¹⁶²

Nesses delitos, então, ocorrerá a oportunidade do consenso,¹⁶³ ou seja, a possibilidade de uma resolução abreviada do processo penal,¹⁶⁴ pois o sentido da referida lei é exatamente a promoção do consenso em delitos de menor potencial ofensivo, com a efetiva diminuição de penas de prisão (ou prisão antecipada).¹⁶⁵ Os institutos despenalizadores trazidos pela Lei 9.099/95 são: o acordo civil (impeditivo da ação penal),¹⁶⁶ a transação penal,¹⁶⁷ e a suspensão condicional do processo.¹⁶⁸

¹⁶² Uma definição mais precisa é citado por GIACOMOLLI, Nereu José. *Juizados especiais criminais: Lei 9.099/95: abordagem crítica*. 3. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 31-32. “Assim, para definir se um infração é de menor potencial ofensivo ou não, o que interessa é a pena privativa de liberdade cominada ao tipo penal básico ou derivado (qualificado), independentemente da previsão típica de outras espécies de sanção ou da estipulação de penas alternativas (art. 28 da Lei 11.343/06). Não interessa a sanção resultante da dosimetria. Por isso, importa a definição do tipo básico, das qualificadoras e das causas especiais de aumento e de diminuição de pena, mas não de circunstâncias agravantes, atenuantes e nem as previstas no art. 59 do CP.”

¹⁶³ Nesse sentido, GIACOMOLLI, Nereu José. *Juizados especiais criminais: Lei 9.099/95: abordagem crítica*. 3. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 59: “A origem da palavra ‘consenso’ está em *consensus*, termo latino que significa ação ou efeito de consentir, de dar o consentimento. Assim, o consenso pressupõe a existência de mais de uma parte em polos antagônicos, em dissenso, as quais aceitam determinadas soluções, com emissão volitiva num mesmo sentido, de um ‘encontro de vontades’.”

¹⁶⁴ COLET, Charilse Paula. *Direito penal e globalização*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2011. p. 93: “Compreende-se, senta senda, que a prática restaurativa quebra com a justiça retributiva atual, pois é fundamentada no processo comunicacional, no tratamento alternativo e efetivo de conflitos, no diálogo e no consenso, bem como no respeito absoluto aos direitos humanos e na dignidade de pessoa humana, revelando-se, portanto, preconizadora do Estado Democrático de Direito e assecuratória de seus princípios e valores.”

¹⁶⁵ De acordo com, GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, oportunidade e consenso no Processo Penal na perspectiva das garantias constitucionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 312: “A nota características desses mecanismos é a potenciação do consenso no processo penal e a evitabilidade do encarceramento, incluindo provisório, pois basta a declaração do suspeito de que atenderá aos chamamentos judiciais para que não se lavre o flagrante ou se decrete outras espécies de prisão processuais.”

¹⁶⁶ GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, oportunidade e consenso no Processo Penal na perspectiva das garantias constitucionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 316: “Assim, a composição dos danos é uma forma autocompositiva facultativa, de um conflito civil, ainda não formalizado, na esfera criminal, conduzida por um juiz togado, por um juiz leigo ou por um conciliador, mas sempre sob a supervisão daquele, com entidade suficiente para evitar a dedução de uma pretensão civil e de uma pretensão penal acusatória, nos delitos que exigem representação ou se processam por ação penal privada.”

¹⁶⁷ GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, oportunidade e consenso no Processo Penal na perspectiva das garantias constitucionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 332: “Assim, a transação criminal se constitui em um ato processual bilateral, resultante do consenso entre a acusação e a defesa, segundo o qual o autor do fato se submete ao cumprimento de uma sanção alternativa – multa ou restritiva de direitos –, como estratégia

Em relação às vítimas criminais, a Lei dos Juizados Especiais Criminais trouxe grandes avanços, permitindo, nos delitos de ação penal de iniciativa privada e ação penal pública condicionada à representação, acordo civil entre as partes (vítima e autor do fato), no qual a reparação do dano extingue a punibilidade do delito. Para além disso, permitiu-se a suspensão condicional do processo, estabelecendo, como primeira condição, a reparação do dano. Analisam-se, assim, esses dois institutos contemplados na Lei nº 9.099/95, no que tange à participação da vítima.

A composição civil, estabelecida no art. 74 da Lei nº 9.099/95, permite – nas ações penais de iniciativa privada ou de iniciativa pública condicionada à representação de competência dos Juizados Especiais Criminal (ações nas quais há um poder de disponibilidade da vítima) – uma aproximação da vítima com o acusado para se chegar a um acordo que resolva o conflito estabelecido.¹⁶⁹ Como a possibilidade de ocorrência de um acordo no âmbito criminal está ligada ao poder de disponibilidade da vítima (de continuar ou não o processo criminal), a aceitação da proposta também é regulada por esse princípio, com o que, apesar do interesse do juiz e do Ministério Público em

defensiva, no exercício de seu direito de defesa, sem que a aceitação tenha os mesmos efeitos de uma condenação comum.”

¹⁶⁸ GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, oportunidade e consenso no Processo Penal na perspectiva das garantias constitucionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 365: “O acusado aceita cumprir determinadas condições em troca da paralisação do processo, no exercício de seu direito de defesa, dentro de uma esfera facultativa de estratégia defensiva, evitando a incógnita de seu desenvolvimento, e da decisão final. O processo fica paralisado em seu início, pois não se interroga o acusado, e não se produz nenhuma espécie de prova. O acusado não está obrigado a aceitar a proposta de suspensão, pois se lhe garante o direito de provar que a acusação não é verdadeira, a uma manifestação jurisdicional sobre o mérito. Para isto, pode utilizar todo o curso processual que lhe outorga a lei, com todos os meios legais – ampla defesa. Entretanto, tem a opção legal de truncar o curso natural do processo, substituindo o enfrentamento e a incerteza processuais pelo cumprimento de determinadas condições, sem a quebra de seu estado de inocência.”

¹⁶⁹ Nesse caminho, GIACOMOLLI, Nereu José. *Juizados especiais criminais: Lei 9.099/95: abordagem crítica*. 3. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 99: “Nas infrações que se processam através de ação processual penal pública condicionada à representação, ou por ação processual penal privada, já existe um prévio poder de disposição dos interessados, não do Ministério Público, justificáveis pela natureza dos fatos, conferido pelo legislador (opção de política criminal). Esses, exercitam ou não a ação – queixa-crime –, autorizam ou não o Ministério Público a deduzir uma pretensão acusatória – representação. O legislador não exclui esse poder de disposição, mas acrescentou uma causa impeditiva do exercício da queixa-crime e do direito de representação, sempre que houver composição dos danos cíveis nas infrações de menor potencial ofensivo. A composição civil é uma forma autocompositiva facultativa aos interessados.”

resolver a demanda, qualquer das partes pode não aceitar a proposta do outro e se seguirá o feito.¹⁷⁰

Realizado o acordo, há efeitos benéficos para ambas as partes, mas, especialmente, para o acusado, pois o acordo civil acarreta a renúncia do direito de representação ou queixa, bem como a pretensão civil da vítima.¹⁷¹ Para a vítima, por outro lado, o acordo efetivado na área penal terá eficácia de título executivo cível e evitará a longa tramitação do feito criminal e cível para a obtenção da reparação do dano.¹⁷² O agravamento da situação da vítima, ainda em face das consequências dos delitos, poderá gerar apenas a possibilidade de ingressar na esfera civil para obter uma complementação da indenização, pois o trânsito em julgado do acordo civil impede o retorno do processo criminal.¹⁷³

A suspensão condicional do processo, prevista no art. 89 da Lei 9.099/95, possui uma maior amplitude em sua atuação, pois não está limitada aos delitos de competência dos Juizados Especiais Criminais, como o acordo civil. Esse benefício poderá ser aplicado para os delitos de médio potencial ofensivo, e,

¹⁷⁰ GIACOMOLLI, Nereu José. *Juizados especiais criminais: Lei 9.099/95: abordagem crítica*. 3. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 100: “Tanto o autor do fato quanto o prejudicado não têm a obrigação aceitar a composição dos danos. Está na esfera de disponibilidade própria do interessado a assunção do dever de indenizar ou não, bem como o de aceitar ou não o *quantum* oferecido pelo autor do fato.”

¹⁷¹ GIACOMOLLI, Nereu José. *Juizados especiais criminais: Lei 9.099/95: abordagem crítica*. 3. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 101: “Quiçá o mais interessado na autocomposição seja o autor do fato, em razão dos reflexos que a composição civil produz na esfera criminal: exclui a dedução de uma pretensão civil e a dedução de pretensão criminal acusatória.”

¹⁷² Analisando o consenso de outra forma, LOPES JÚNIOR, Aury. *Justiça negociada: utilitarismo processual e eficiência antigarentista*. In: CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre (Org.). *Diálogos sobre a justice dialogal: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da Justiça Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 125, grifo do autor: “Para finalizar, possivelmente a única vantagem (para os utilitaristas) da *plea negotiation* seja a celeridade com que são realizados os acordos e com isso finalizados os processos (ou sequer iniciados). Sob o ponto de vista do utilitarismo judicial, existe uma considerável economia de tempo e dinheiro. Ou seja, é um modelo antigarentista.”

¹⁷³ De acordo com, GIACOMOLLI, Nereu José. *Juizados especiais criminais: Lei 9.099/95: abordagem crítica*. 3. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 107: “Agravados os danos causados pela infração criminal, após a homologação do acordo civil, poder-se-á discutir a complementação da indenização, mas não a abertura do processo criminal, pois o direito de queixa e o de representação restaram afetados. Mesmo que a evolução do resultado enuncie outro ilícito, de ação processual penal pública incondicionada (lesões corporais leves para lesões corporais graves, por exemplo), o elemento objetivo da pretensão (fato) foi atingido pelos efeitos criminais e não poderá delimitar outra pretensão.”

também, pode ser definido como uma forma de consenso, contudo, agora, do acusado com o Ministério Público.¹⁷⁴

Não obstante a impossibilidade de interferência da vítima no momento do acordo da suspensão condicional do processo, a lei traduz uma nítida intenção de proteger o direito de reparação do dano, já que um dos requisitos para a concessão da benesse é reparar o dano. Nada impede, contudo, a sua presença na audiência de oferta de suspensão condicional do processo, pois possui interesse na reparação do dano.¹⁷⁵ Até mesmo, de forma prática, poderia esclarecer os danos causados pela infração.

A vítima não pode se opor à concessão do benefício da suspensão condicional ao acusado, tendo em vista que seu interesse é (deve ser) apenas a reparação do dano e não a efetiva punição do acusado. Assim, se a suspensão condicional do processo lhe concede a reparação do dano (ou pelo menos a promessa), a vítima não poderá interferir no acordo entre o Ministério Público e o acusado. Ademais, o interesse em cumprir a suspensão condicional do processo também é do acusado, que só obterá sua extinção da punibilidade quando comprovar o cumprimento das condições, entre elas, a reparação do dano (ou a impossibilidade de fazê-la).

¹⁷⁴ Eis a lição de, GIACOMOLLI, Nereu José. *Juizados especiais criminais*: Lei 9.099/95: abordagem crítica. 3. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 202: “A realização ou não do convênio processual não está na disponibilidade subjetiva da parte-autora – acusador. Presentes os requisitos legais, o acusador está obrigado a negociar a suspensão condicional do processo, devendo, nas infrações de médio potencial ofensivo, motivar sua negativa. O cumprimento de determinadas condições em troca da suspensão do processo, com a declaração de extinção da punibilidade, não depende de um juízo subjetivo, arbitrário do acusador, mas se submete à determinação legal. Por isso, o Ministério Público não atua com um poder discricionário total e ilimitado.”

¹⁷⁵ Sustentando a necessidade de presença da vítima, GIACOMOLLI, Nereu José. *Juizados especiais criminais*: Lei 9.099/95: abordagem crítica. 3. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 211-212, grifo do autor: “No momento da suspensão do processo, basta a manifestação volitiva do acusado de reparação dos danos, pois a efetiva indenização constitui um dos requisitos da extinção da punibilidade, frente ao cumprimento das condições (art. 89º, §3º). Entretanto, a Lei 9.099/95 não exigiu a participação direta da vítima no momento da suspensão condicional do processo. Na segunda edição desta obra afirmei: *De lege ferenda*, deverá ser exigida a presença da vítima, sucessores ou representantes legais no ato da suspensão do processo, na discussão do dever de reparação, fixando-se o *quantum debeat*, e garantindo-se a execução. Isso representa a efetiva reparação, ou pelo menos, um título executivo efetivo. Ademais, como a vítima saberá, se não estiver presente, que o autor do fato declarou que a indenizará?”

Assim, como a composição civil atingia apenas os delitos de ação penal pública condicionada à representação e de ação penal pública de iniciativa privada, nota-se, a partir da suspensão condicional do processo, a possibilidade de uma rápida reparação do dano à vítima, também, nos delitos de média ofensividade de ação penal pública incondicionada.

Como se pode notar, esses dois institutos trazem sensíveis alterações na atuação da vítima, garantindo-lhe a possibilidade de uma rápida reparação do dano causado pela infração criminal sem a necessidade de processo longo e exaustivo, bem como a possibilidade de solucionar um conflito entre as partes, valendo-se de um diálogo entre autor do fato e vítima. Nesse passo, são os ensinamentos de Alberto Bovino:

El punto de partida, entonces, de la solución que se busca debe ser el análisis que las personas involucradas hacen del acto no deseable y sus intereses reales, siempre en el marco de las relaciones “cara a cara”, para que las explicaciones mutuas, el intercambio de las experiencias vividas y, si fuera necesario, la presencia activa de personas psicológicamente próximas, puedan conducir a soluciones realistas para el futuro. Lo fundamental es reconocer que cada situación es única y que el enfoque debe variar según las circunstancias de la situación problemática. Se propone, por lo tanto, una justicia participativa, en donde la compensación reemplace a la respuesta punitiva, modelo típico de las sociedades que carecen de un estado fuerte.¹⁷⁶

Merece destaque, contudo, a preocupação daqueles que entendem que não se pode privatizar a justiça criminal,¹⁷⁷ e que o modelo de consenso é a via mais cômoda para a obtenção da reparação do dano, o que desvirtuaria o

¹⁷⁶ De acordo com BOVINO, Alberto. La víctima como preocupación del abolicionismo penal. In: ESER, Albin et al. *De los delitos y de las víctimas*. 1. ed., 2. reimpr. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2008. p. 275.

¹⁷⁷ Alertando para um dos problemas de privatização do Direito Penal (MAIER, Julio B. J. La víctima y el sistema penal. In: ESER, Albin et al. *De los delitos y de las víctimas*. 1. ed., 2. reimpr. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2008. p. 197-198, grifo do autor): “Todas tocan puntos neurálgico del origen del Derecho penal (estatal). La primera advierte que la solución privada de los conflictos sociales llamadas delitos del Derecho penal, deja un *plus* de injusto sin remediar, precisamente aquél que determinó su ingreso específico al campo del Derecho penal y de la persecución pública, aquel *plus*, por cierto que intentó responder no sólo al interés privado. De ella se desprende, también, el escaso valor de prevención general de la solución, en tanto el autor sepa que devolviendo la cosa intacta o reparando el daño, conseguirá impunidad, que no deberá pagar “sobrepeso” por el delito cometido. La segunda objeción reside en el peligro de regresar al imperio de los poderosos, una de las causas justas de la irrupción del derecho penal en una suerte de juego de presiones privadas, de las cuales saldrán victoriosos los más fuertes, que “quizás pongan más en peligro la paz jurídica que el hecho mismo”.

processo criminal.¹⁷⁸ É, realmente, problemática a força concedida à vítima nos delitos sujeitos ao consenso. Nesses delitos, em face da inexistência de investigação policial (apenas a formação do termo circunstanciado), leva-se o acusado para a frente do juiz criminal, quando se tentará (com certa dose de coação pelo simples fato de estar em uma audiência criminal) compor um acordo sobre um fato que não deveria estar tramitando na área criminal. Acompanhando esse entendimento, vale citar os dizeres de Aury Lopes Júnior:

Não podemos é pactuar com o desvirtuamento do processo penal, transformando-o numa via mais cômoda, econômica e eficiente (pelo caráter coativo), para obtenção de um ressarcimento financeiro. Ora, para isso existe o processo civil [...] Ademais, a autotutela e a autocomposição são figuras históricas e superadas.

São essas, portanto, as formas de atuação da vítima no processo penal. Agora, se essa atuação da forma como está posta em nosso ordenamento processual penal traduz em vantagem ou desvantagem para o processo penal, é a matéria a ser abordada no próximo capítulo, juntamente com o projeto de reforma do Código de Processo Penal e as perspectivas para as vítimas.

¹⁷⁸ LOPES JÚNIOR, Aury. Justiça negociada: utilitarismo processual e eficiência antigarantista. In. CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre (Org.). *Diálogos sobre a justice dialogal: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da Justiça Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 125.

4 VANTAGENS, DESVANTAGENS E PERSPECTIVAS SOBRE A VÍTIMA NO PROCESSO PENAL.

A atual posição da vítima nos delitos de ação penal pública,¹⁷⁹ conforme se sustentou, é decorrente de seu interesse civil na sentença condenatória, especialmente após as alterações trazidas pela Lei nº 11.719/08, quando, com o objetivo de antecipar a indenização do ofendido, se determinou que o Juízo criminal fixe um valor mínimo para reparar os danos causados pelo delito. Assim, com exceção da Lei Maria da Penha, na qual se permite à vítima escolher a medida protetiva para o acusado, a vinculação da vítima com o processo penal é (deveria ser) exclusivamente a busca pela reparação do dano causado pela infração, pois há uma vinculação entre a esfera penal e a esfera civil que legitima o ofendido para atuar no processo criminal.

Com efeito, merece destaque a queixa-crime subsidiária (art. 5º, inc. LIX, da CF), quando a acusação por um delito de ação penal pública será iniciada pela vítima. Entretanto, nos casos de queixa-crime subsidiária, a vítima assume um papel de controle do Ministério Público, e o titular constitucional para exercer as ações penais públicas, uma legitimação extraordinária,¹⁸⁰ que só ocorrerá em casos de negligência da Acusação titular. Mesmo assim, a queixa-crime subsidiária não transforma a ação penal pública em ação penal de iniciativa privada, pois os princípios que regem a ação penal pública serão mantidos, e a Acusação titular poderá retomar a parte principal a qualquer tempo.¹⁸¹

¹⁷⁹ Exceção ao interesse puramente cível da vítima no processo penal ficará a cargo da ações penais de iniciativa privada, na quais o bem jurídico atingido pelo delito é exclusivamente da vítima. Nessa modalidade, a acusação criminal ficará a cargo do querelante, e, então, se poderá falar no direito de a vítima acusar.

¹⁸⁰ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade Constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. v. 1, p. 398.

¹⁸¹ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade Constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. v. 1, p. 399: “Em que pese a iniciativa do ofendido, exercendo a acusação, não há que se esquecer que estamos diante de um delito de ação penal de iniciativa pública e cuja titularidade constitucional é do Ministério Público. Daí por que, para além das possibilidades de aditar, repudiar, e oferecer a denúncia, poderá o MP intervir em todos os termos do processo (devendo ser intimado dos atos, portanto), bem como retomar a qualquer tempo como parte principal.”

Assim, com inúmeras questões polêmicas acerca da figura da vítima no processo penal e com a nova tendência mundial de aproximação da vítima ao processo penal, já, inclusive, refletida nas legislações analisadas no capítulo anterior e em alguns projetos de lei, fica demonstrada a conveniência de uma análise das vantagens e desvantagens da atuação da vítima no processo penal. E, para tanto, deve-se realizar essa análise sob a visão do acusado, pois, como se sabe, o processo penal é instrumento para a imposição da pena e não para a satisfação de interesses da vítima. Também porque o processo criminal não pode ser analisado em termos de economia processual ou de rápida satisfação da expectativa da vítima, mas, sim, sob o olhar constitucional que consagra inúmeras garantias aos acusados, o que limita a atuação e a punição do Estado.

De plano, deixa-se claro que, realmente, a vítima merece uma melhor atenção do Estado, contudo essa atenção não se pode traduzir em prejuízos ou diminuições de direitos e/ou garantias dos acusados,¹⁸² até mesmo porque respeitar a vítima não significa conceder mais capacidade processual. As regras trazidas pela Lei 11.690/08, as quais implementaram o art. 201 do Código de Processo Penal, são exemplos de que se pode conceder maior atenção à vítima sem prejudicar o acusado.

Apresenta-se, então, o que se pode entender como pontos positivos (vantagens) e pontos negativos (desvantagens) da atuação da vítima no processo penal, para, ao final, estudar as perspectivas para a reforma do nosso Código de Processo Penal.

¹⁸² Nesse sentido, é a lição de GIRÁLDEZ, Ana María Chocrón. Fundamento constitucional de la protección a las víctimas en el proceso penal español. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado (nueva serie)*, México, año 41, n. 122, p. 691-715, mayo-ago. 2008: “En ese sentido, debe advertirse de que no se trata de mejorar a la víctima a costa de reducir las garantías de defensa del infractor, sino de armonizar e incluso moderar los derechos de los dos sujetos en conflicto y procurar su eficaz protección que no puede pasar por menoscabar ni limitar las garantías constitucionales de defensa del acusado sino por otorgar a cada uno el tratamiento procesal que les corresponde, o lo que es lo mismo, la protección a la víctima debe transcurrir paralela a las garantías procesales de las que el imputado se hace acreedor.”

4.1 DAS VANTAGENS DA ATUAÇÃO DA VÍTIMA NO PROCESSO PENAL

Cada cidadão tem sua forma para reagir à ocorrência de um delito contra si. Nessa perspectiva, pode-se listar que há pessoas que buscam a vingança (retribuir o mal que o acusado lhe impôs), pessoas que querem “apenas” justiça (leia-se condenação criminal), pessoas que desejam apenas a reparação do dano ocorrido no delito; outras que buscam indenizações milionárias, podendo, também, essas reações ocorrerem juntas. Porém há pessoas que desejam apenas esquecer o fato ocorrido.

Por existir essa variedade de manifestações das vítimas, pode-se dizer, sim, que há vantagens de atuação da vítima no processo penal. E essa vantagem, por incrível que pareça, se traduz para todas as partes envolvidas no processo criminal, e é verificada nos delitos de ação penal pública de iniciativa privada ou nos delitos de ação penal pública condicionada à representação.

Nesses delitos, como já exposto no presente trabalho, o processo criminal só será impulsionado se, realmente, a vítima possuir interesse. A vítima desinteressada no processo criminal (ou que deseje não se expor) é um problema para todo o sistema penal, porque a ausência de sua colaboração (com depoimentos, indicação de provas) anunciará um processo sem prova acusatória, ou seja, um processo inútil que visa a punir outrem por algo que a principal vítima sequer tem interesse.

Esse é o primeiro aspecto positivo da atuação da vítima no processo penal, porém os delitos que dependem da manifestação formal da vítima são exceções em nosso sistema penal, pois a maioria é movimentada mediante ação penal pública incondicionada (independente de interesse ou não da vítima no processo). Por esse motivo, o rol de delito que depende de manifestação de interesse da vítima deveria ser alargado para abarcar outros delitos, até mesmo mais graves. Nesse caminho verifica-se as lições de Antonio Scarance Fernandes:

Seja como for, a experiência vem demonstrando que as ações públicas condicionadas têm razão de ser e devem ser mantidas, tanto em certos crimes graves como em outros delitos de pequena relevância. Nestes a tenuidade da ofensa justificaria o condicionamento, seja porque não convém movimentar sempre a máquina judiciária estatal dada a pequena repercussão social da infração, seja porque a própria vítima pode não ter interesse na repressão do crime ante pouca intensidade da lesão. Em delitos mais graves o processo pode revelar-se muito prejudicial à vítima; assim nos delitos violentos de ordem sexual em que, às vezes mais é resguardada a pessoa ofendida com a não acusação e a não divulgação do fato que com a submissão a traumatizantes inquirições e aos dissabores resultantes da publicidade da causa. Aliás, não se deve ser mantido o condicionamento da persecução pública à vontade da vítima, como até deve ser ele ampliado para outras hipóteses em face de novas exigências. Primeiro em razão da necessidade de diminuir o volume de 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. Por isso mesmo, os movimentos mais recentes são no sentido de ampliar o rol de crimes dependentes de representação, o que está em consonância com a tendência em valorizar o papel da vítima no processo criminal.¹⁸³

Em segundo plano, apesar de algumas críticas em relação ao modelo de justiça restaurativa, a participação da vítima é reconhecida no modelo de consenso,¹⁸⁴ verificado nos delitos de menor potencial ofensivo,¹⁸⁵ quando sua figura é posta em destaque para resolução do conflito pelo qual foi atingida. Nessa posição a vítima pode ouvir e ser ouvida, pode perdoar, entender seu agressor ou acordar uma solução mediada para o fim do conflito.¹⁸⁶ Para o

¹⁸³ De acordo com, FERNANDES, Antonio Scarance. *O papel da vítima no processo criminal*. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 94.

¹⁸⁴ De acordo com, GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, oportunidade e consenso no Processo Penal na perspectiva das garantias constitucionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 85: “O consenso influi na participação das vítimas no processo penal, possibilitando-se o acordo a respeito dos danos e da vedação da incoação pessoal. Segundo a Recomendação (87), do Conselho da Europa, a vítima deve ser devidamente indenizada. [...] A conciliação e a mediação evitam a perniciosa vitimização secundária e impulsionam a efetiva reparação do dano e a justa satisfação da vítima – não necessariamente de forma pecuniária –, além de melhorar as atitudes desta última no que diz com seu infrator e com o sistema legal.”

¹⁸⁵ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 447, grifo do autor: “O modelo consensual de Justiça criminal introduzido no nosso país pela Lei 9.099/95 (que facultou a criação pelos Estados e Distrito Federal dos Juizados Especiais Criminais) está em perfeita consonância com as fundamentais reivindicações da *Vitimologia*. Padece de ajustes, de aprimoramentos, de lacunas, mas é inegável que estamos diante de um exemplo de texto legislativo que abriu espaço para muitas afirmações e conclusões criminológicas (vitimológicas) modernas. Enaltece a ‘reparação dos danos’, logo, não existe a menor dúvida de que é a expressão do movimento internacional de *redescoberta* da vítima.”

¹⁸⁶ Nesse sentido, LARRAURI, Elena. *Victimologia*. In: ESER, Albin et al. *De los delitos y de las víctimas*. 1. ed., 2. reimp. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2008. p. 305: “Existe un interés en la confrontación entre víctima e infractor, para que ambos cuestionen las asunciones, estereotipos

acusado, nesses casos, apesar da informalidade do ato,¹⁸⁷ o acordo também passará sob seu aval e não lhe será imposta uma pena criminal, mas, sim, uma aceitação de acordo. Merece registro a opinião de Raffaella da Porciuncula Pallamolla:

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).¹⁸⁸

Essa possibilidade de atuação da vítima no processo penal, também, deve ser vista como uma vantagem para todos os envolvidos no processo penal, uma vez que a solução pode ser encontrada de forma rápida, com o acusado dispensado de um processo criminal e a vítima, imediatamente, ressarcida no seu dano.

Nesses casos, não se pode esquecer que a vítima nem sempre é uma figura que necessita de cuidados especiais; pode ser uma pessoa física ou jurídica de grande poder e influência, com o que, mesmo nas zonas de

y racionalizaciones. Así puede ser de interés que el delincuente se confronte con el sufrimiento causado, del mismo modo que puede ser útil para la víctima el ver el lado humano de la persona que sólo ha conocido como energúmeno, esto es, eliminar la imagen hostil. En síntesis, se realza el valor terapéutico del proceso que permite establecer el diálogo como una vía de solución, antes que las soluciones autoritarias, jerárquicas e impuestas.”

¹⁸⁷ Segundo, PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. *Justiça restaurativa: da teoria à prática*. São Paulo: IBCCRIM, 2009. p.174: “A informalidade da justiça restaurativa decorrente da abertura de seus processos e resultados – que não cumprem formas rígidas estabelecidas em lei – não impede que existam diretrizes sobre o desenvolvimento dos programas restaurativos, seus objetivos e limites, a exemplo do que dispõe os Princípios Básicos da ONU. Assim, a pluralidade de práticas restaurativas e sua flexibilidade requerem a participação do Estado como garantidor dos direitos dos envolvidos (e não mais como o responsável por adjudicar a culpa ao ofensor e impor-lhe uma punição).”

¹⁸⁸ Nesse sentido, PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. *Justiça restaurativa: da teoria à prática*. São Paulo: IBCCRIM, 2009. p. 153.

consenso, deve haver uma grande vigilância nos acordos firmados para se evitarem abusos.¹⁸⁹

4.2 DAS DESVANTAGENS DA ATUAÇÃO DA VÍTIMA NO PROCESSO PENAL

Enquanto as vantagens de atuação da vítima se limitam à fase inicial da ação penal, pode-se perceber, por outro lado, que as desvantagens da vítima atuante dentro do processo criminal são, de forma mais nítida, perceptíveis na fase da instrução processual. De plano, não há como negar que qualquer alteração no processo penal para aumentar a atuação e os poderes da vítima dentro da esfera criminal irá, obrigatoriamente, aumentar a carga acusatória contra o acusado.

A primeira desvantagem da atuação da vítima dentro do processo criminal é a inexistência de regras claras e objetivas de sua atuação, o que gera, tanto sob o ponto de vista da vítima quanto sob o ponto de vista do acusado, uma inaceitável insegurança jurídica. A delimitação definitiva de sua atuação, por meio de regras claras, com uma reformulação geral do Código de Processo Penal, poderia permitir à vítima uma maior compreensão de sua possibilidade de atuação. Nesse ponto, deve-se falar em reformulação geral, pois alterações legislativas pontuais,¹⁹⁰ especialmente nessa matéria de grande complexidade,

¹⁸⁹ Sob o olhar do abolicionismo, BOVINO, Alberto. La víctima como preocupación del abolicionismo penal. In: ESER, Albin et al. *De los delitos y de las víctimas*. 1. ed., 2. reimp. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2008. p. 279: “Pero es importante señalar que la propuesta de recuperar a la víctima, de llamarla a decidir, tiene un propósito típicamente abolicionista: la selección de una alternativa no punitiva para enfrentar la situación problemática en que se ha visto envuelta. Este nuevo modelo de sociedad sin sistema penal requiere, a su vez, una excesiva y muchas veces ingenua confianza en la víctima; pero cabría preguntarse si, ante los violentos sistemas penales de la actualidad, no es preferible ser catalogados de ingenuos para intentar, de una vez, que el sistema penal deje de ser otro victimario.”

¹⁹⁰ SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Reforma tópica do processo penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 35-37: “Com efeito, nada obstante todo o cuidado da comissão que elaborou as propostas, era patente o risco de fragmentação do sistema, diante da falta de sistematização sólida e coerência, na medida em que não foi elaborado um novo código. O risco de as novas regras, embaçadas na idéia democrática e do sistema acusatório, terem de conviver com aquelas impregnadas de forte conteúdo inquisitivo, que não fossem modificadas menos pela falta de atenção do que pelo fato de não ter sido, formalmente, reescrito um novo código, era muito importante. Aliás, há de se reconhecer que, mesmo que tivesse sido elaborado um novo código, ainda assim, a possibilidade de incongruência sistemática em alguns pontos seria bastante concreta. Mas seria, certamente, em menor medida.[...] Há várias incongruências entre as quatro leis aprovadas que compõem, até aqui, a reforma global do processo penal, algumas delas mercê das diversas alterações que foram introduzidas no

geram ainda mais confusão para os operadores do direito e criam falsas expectativas às vítimas, pois beneficiadas por legislações populistas, demagogas e visivelmente inconstitucionais.

É o caso dos problemas que a Lei nº 11.719/08 trouxe com a inclusão do inc. IV do art. 387, analisado no capítulo anterior. Pois bem, esse é o maior exemplo de confusão no processo penal.¹⁹¹ Concedeu-se o direito de a vítima receber, o quanto antes, a reparação do dano, em detrimento de direitos e garantias do acusado, pois, ao prever a necessidade de fixação dos danos na sentença condenatória (de ofício), olvidou-se de princípios básicos como o da ampla defesa e do contraditório. Ou, reconhecendo-se a necessidade de implementação do contraditório e da ampla defesa sobre as provas referentes aos danos, descaracterizou-se o processo penal misturando a esfera civil com a criminal,¹⁹² as quais possuem uma perspectiva de provas absolutamente

Parlamento, as quais nem sempre observaram a coerência sistêmica esboçada pela Comissão de Reforma, especialmente em razão da dinâmica de trabalho das Casas Legislativas. O mais grave é que os três projetos de lei que foram transformados nas Leis nº 11.689; 11.690 e 11.719, de 2008, apesar de aprovados em conjunto no Parlamento, tiveram relatores diferentes tanto na Câmara dos Deputados quanto no Senado, quando tudo recomenda, em uma reforma tópica, um relator único, em cada casa legislativa, para todos os projetos. A falta de adoção dessa regra trouxe alguns senões que comprometem a integridade e coerência sistêmica da reforma do Código de Processo Penal.”

¹⁹¹ Em processos de competência do Tribunal do Júri a situação gera ainda uma maior confusão. Nesse sentido, LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade Constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. v. 2, p. 331-332. “O problema agrava-se no Tribunal do Júri, não só pela complexidade fática que geralmente envolve esses fatos, mas também pela própria especificidade do ritual judiciário ali estabelecido. Como poderá o réu realizar uma defesa eficiente em plenário e ainda ocupar-se de fazer a ‘defesa cível’, para evitar uma condenação a título indenizatório em valores excessivos e desproporcionais? Além de ser completamente inviável, há ainda outro complicador: para quem deverá dirigir sua argumentação? Para o juiz ou para os jurados? Mas os jurados serão quesitados sobre valores indenizatórios? Não, os jurados não decidem sobre isso. Então como conciliar uma defesa penal dirigida aos jurados e, no mesmo debate sustentar questões patrimoniais para o juiz? É absolutamente inviável. Ademais, pela complexidade que envolve a indenização em crimes contra a vida, não há condições processuais para, no processo penal, discuti-las com as mínimas condições probatórias e jurídicas. Pior ainda em plenário. Sem falar que no júri, incumbe ao conselho de sentença a decisão e não há previsão de que eles decidam sobre a indenização e seu valor. Sequer quesitados são sobre o dever de indenizar. [...] Essa posição, de não fixar na sentença penal qualquer valor a título de indenização, de um lado, assegura o direito de defesa do réu e o respeito à soberania da decisão dos jurados, e, de outro, não impede que a vítima ou seu representante legal, munido da sentença penal condenatória transitada em julgado, promova a liquidação e execução cível, nos termos do art. 63 do CPP c/c art. 475-N, II, do CPC.”

¹⁹² Nesse sentido, LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade Constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. v. 1, p. 104: “Essa cumulação é uma deformação do processo penal, que passa a ser também um instrumento de tutela de interesses privados. Não está justificada pela economia processual e causa uma confusão lógica grave, tendo em vista a natureza completamente distinta das pretensões (indenizatória e

diferentes.¹⁹³ Assim, enquanto o acusado está buscando a sua absolvição, também deve se preocupar com os valores de ressarcimento, sobrecarregando ainda mais a atuação da defesa.¹⁹⁴ E, para além disso, o direito à reparação do dano é direito disponível da vítima, a qual pode ou não ter interesse na reparação/indenização, sendo, assim, uma forma impeditiva qualquer concessão de reparação/indenização de ofício ou a pedido do Ministério Público.¹⁹⁵

Nem mesmo para a vítima a busca de seu direito à reparação é vantajosa no âmbito penal, pois a figura do acusado possui garantias que impedem algumas provas que interessam à reparação e também militam em seu favor, como o direito ao silêncio, que não pode ser interpretado em desfavor do acusado, além do benefício da dúvida a seu favor. Já, no âmbito cível, as partes, autor e réu, estão em igualdade de direitos, e o silêncio, por exemplo, importará em confissão dos fatos articulados na inicial.¹⁹⁶

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 à sua função, estrutura e princípios informadores.”

¹⁹³ Explicando a experiência espanhola na acumulação das esferas, SOLÉ RIERA, Jaume. *La tutela de la víctima en el proceso penal*. Barcelona: José Maria Bosch, 1997. p. 69: “La acumulación, en base a un criterio de economía procesal, de la acción civil a la penal, en los supuestos de responsabilidad civil derivada de delito, que permite nuestro sistema procesal, tiene la ventaja de resolver en un mismo proceso dos pretensiones interrelacionadas, aunque con frecuencia obliga a los jueces a utilizar, aplicar y manejar una doble mentalidad y técnica jurídicas al mismo tiempo (civil y pena).”

¹⁹⁴ Nesse sentido, HIRSCH, Hans Joachim. *Acerca de la posición de la víctima en el Derecho penal y en el Derecho procesal penal*. In: ESER, Albin et al. *De los delitos y de las víctimas*. 1. ed., 2. reimp. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2008. p. 118: “Además, el ofendido está representado regularmente por un abogado, de modo tal que el acusado, aunque tenga él mismo un defensor, ve enfrentarse a él un poder superior en cantidad de juristas, que se dirigen contra él. Este poder se amplía, en tanto intervengan varios ofendidos.”

¹⁹⁵ SOLÉ RIERA, Jaume. *La tutela de la víctima en el proceso penal*. Barcelona: José Maria Bosch, 1997. p. 69: “En virtud de esta distinción, la acción civil derivada del delito es renunciable por el ofendido (art. 108 LECr), y puede ser ejercitada separadamente de la penal por el perjudicado (arts. 110, 111 y 112 LECr), de tal manera que el derecho al resarcimiento se constituye como un derecho subjetivo privado del ofendido cuya renuncia sólo puede perjudicar a éste (art. 107 LECr).”

¹⁹⁶ SOLÉ RIERA, Jaume. *La tutela de la víctima en el proceso penal*. Barcelona: José Maria Bosch, 1997. p. 164: “Como viene reiterándose en este trabajo, la idea de la superación de la función represora que supone el ejercicio del *ius puniendi* por el Estado, desde el enfoque constitucional del proceso penal como garante de los valores superiores del ordenamiento jurídico, casa mal con la desigualdad de trato de dispensa a la víctima del delito, entre otros aspectos apuntados, respecto del carácter contingente de la acción civil. El proceso penal debe perder los reparos a proteger el interés de la víctima, como objetivo prioritario, en pie de igualdad, cuanto menos, con los derechos del presunto imputado.”

A mistura entre esferas e pretensões realizadas na nossa legislação processual penal, por meio da Lei nº 11.719/08, serve para aumentar a demora nas soluções judiciais penais¹⁹⁷ e desequilibrar a relação processual.¹⁹⁸ A vítima não estará mais bem amparada pelo Estado em função do ressarcimento mínimo dos danos na sentença penal condenatória (art. 387, inc. IV, do Código de Processo Penal). Até mesmo porque a vítima criminal pode requerer na esfera cível¹⁹⁹ o seu ressarcimento, até mesmo antes do início da ação penal, ou seja, se realmente há interesse no ressarcimento, não é necessário aguardar o processo criminal.

Além do mais, pode-se notar que a própria exposição de motivos do Código de Processo Penal (1941) já manifestava a preocupação de incluir no processo penal matérias de direito civil.²⁰⁰ Assim, para se evitarem esses

¹⁹⁷ Nesse sentido, HIRSCH, Hans Joachim. Acerca de la posición de la víctima en el Derecho penal y en el Derecho procesal penal. In: ESER, Albin et al. *De los delitos y de las víctimas*. 1. ed., 2. reimp. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2008. p. 118: “Por intermedio de la acción conjunta se logra introducir momentos dentro del procedimiento penal, que contradicen concepciones penales modernas, en especial motivos de venganza y disputas emocionales. Ello más aún, porque en la mayoría de los casos de acción conjunta juega su papel una relación especial autor-vítima. Se agrega a ello, aquí, las dudas respecto de una demora del procedimiento por intermedio de facultades activas, por ejemplo, por el derecho de ofrecer prueba del ofendido.”

¹⁹⁸ GIACOMOLLI, Nereu José. *Reformas (?) do Processo Penal: considerações críticas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 53: “A incorporação do ofendido no processo penal, na extensão dada pelo legislador, é uma das características do expansionismo dos sistemas penais contemporâneos, permitindo um desequilíbrio na situação processual (habilitação do ofendido como assistente da acusação), um aumento na duração do processo (intimações do ofendido), desnaturando a atividade finalística do processo (incidência do *ius puniendi* e proteção do *status libertatis*), como anteriormente referido.”

¹⁹⁹ De acordo com, LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade Constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. v. 2, p. 45. “Mas isso não significa que a vítima deva ficar desamparada, senão que corresponde ao processo civil a efetiva missão de satisfazer seus interesses econômicos. Não o processo penal.”

²⁰⁰ A preocupação em misturar os âmbitos civil e criminal é trazido na exposição de motivos do CPP, quando: A reparação do dano *ex delicto*. VI - O projeto, ajustando-se ao Código Civil e ao novo Código Penal, mantém a separação entre a ação penal e a ação civil *ex delicto*, rejeitando o instituto ambíguo da constituição de “parte civil” no processo penal. A obrigação de reparar o dano resultante do crime não é uma consequência de caráter *penal*, embora se torne *certa* quando haja sentença condenatória no juízo criminal. A invocada conveniência prática da economia de juízo não compensa o desfavor que acarretaria ao interesse da repressão a interferência de questões de caráter patrimonial no curso do processo penal. É indissimulável o mérito da argumentação de Sá Pereira na “Exposição de Motivos” do seu “Projeto de Código Penal”, refutando as razões com que se defende o deslocamento da reparação do dano *ex delicto* para o campo do direito público:

“A meu ver, o que há de verdade nessas alegações não atinge os dois pontos seguintes: 1) que a reparação do dano é matéria de direito civil, e 2) que a repressão sofreria, se, no crime, a pleiteássemos. Se há lesão patrimonial, a reparação há de ser pedida a um outro patrimônio, e se me afigura impossível deslocar esta relação entre dois patrimônios do campo do direito privado para o do direito público, como querem os positivistas. Abrir no processo-crime a necessária margem à ação reparadora seria ou fazer marcharem simultaneamente as duas

problemas que por muitas vezes desfiguram o processo penal, dever-se-ia desvincular completamente a esfera cível da esfera criminal, com o que a vítima não teria mais interesse no processo criminal, tendo em vista que a decisão absolutória não a prejudicaria em seu direito de reparação. Ou, se estabelecer, objetivamente, a atuação da vítima no âmbito criminal exclusiva para satisfazer sua reparação do dano.

Outro aspecto que claramente gera desvantagem ao acusado quando se mistura a pretensão civil com a pretensão criminal é a existência de condenações forçadas para garantir a reparação do dano.²⁰¹ Juntar essas duas esferas pode gerar problemas nas bases do processo penal, quando restarem comprovadas a responsabilidade civil do acusado e a dúvida em relação à condenação criminal. Assim, haverá casos em que, na dúvida, condena-se o acusado a uma pena mínima (muitas vezes a quantidade da pena já atingida pela prescrição), a fim de agilizar o processo de indenização à vítima.²⁰²

Por fim, e talvez a pior desvantagem de atuação da vítima no processo penal é a possibilidade de se permitir e incentivar o sentimento de vingança²⁰³ no processo penal. Atualmente, em face do vínculo entre o resultado do processo penal e a reparação do dano (já na sentença penal condenatória ou

ações no mesmo processo, o que se tornaria tumultuário, ou paralisar o processo-crime para que o cível o alcançasse no momento final de pronunciamento da sentença que aplicasse a pena e fixasse a indenização. Não creio que a repressão ganhasse com isso alguma coisa; ao contrário, perderia muito de sua prontidão e rapidez.”

²⁰¹ Segundo, LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade Constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. v. 1, p. 104-105. “Como exemplo dessa errônea privatização do processo penal, o próprio Direito Penal nos oferece as absurdas ‘condenações penais disfarçadas de absolvição de fato’. Ocorrem quando alguém é condenado a uma insignificante pena de multa (responsabilidade penal) quando o que se pretende, na realidade, é uma substancial indenização na esfera cível (responsabilidade civil), utilizando a sentença penal condenatória como título executivo judicial. Para amparar esse tipo de direito, existem vias próprias e para isso está o processo civil. Cada coisa no seu devido lugar.”

²⁰² Alertando sobre essa questão, SOLÉ RIERA, Jaume. *La tutela de la víctima en el proceso penal*. Barcelona: José Maria Bosch, 1997. p. 174: “Inclusive, este trato discriminatorio a que se ven sometidas las víctimas en caso de sentencia absolutoria, ha propiciado, como apunta el Prof. RAMOS, un cierto ‘desvio de los principios rectores del proceso penal por la tentación a que se ve sometido el Juzgador’ a este respecto. Así, algunas condenas penales, aunque mínimas, son forzadas, en un claro intento de proteger los intereses reparatorios de la víctima en el propio proceso penal, y no supeditar su suerte a los nuevos envites procesales de la vía civil siguiente.”

²⁰³ GARAPON, Antoine; GROS, Frédéric; PECH, Thierry. *Punir em democracia*. Lisboa: Instituto Piaget, 2001. p. 16: “O que a vingança procura é derramar sangue. Derramar a todo o custo e

como título executivo na esfera cível), é nítido o interesse da vítima no processo criminal, o que permite sua habilitação para auxiliar a acusação. Há, entretanto, uma grande controvérsia sobre o interesse da vítima na “Justiça”, o que a legitimaria a recorrer de uma sentença condenatória para aumentar a pena do acusado. Nesse ponto, tem-se mais uma desvantagem de atuação da vítima no processo criminal.

Reconhecer o interesse da vítima na “Justiça” é trazer de volta o sentimento de vingança para dentro do processo criminal, o qual foi excluído, quando o Estado a neutralizou. É transformar a vítima no principal sujeito do processo.²⁰⁴ O ofendido tem todo o direito de possuir o sentimento de vingança e, por esse motivo, é que não se pode reconhecer sua atuação no processo para implementá-la,²⁰⁵ até mesmo porque o processo criminal não é destinado a satisfazer os desejos das vítimas.

Esse interesse “na Justiça” nada mais é do que o interesse no calvário do acusado, e isso é claramente refletido nas prisões preventivas, quando a vítima ou seus familiares somente estão satisfeitos enquanto perdurar a prisão do

não forçosamente o do culpado. Para o vingador, trata-se antes de mais de, por esta reacção cega e violenta, apaziguar os manes encolerizados da vítima, satisfazê-los.”

²⁰⁴ GARAPON, Antoine; GROS, Frédéric; PECH, Thierry. *Punir em democracia*. Lisboa: Instituto Piaget, 2001. p. 264: “A vingança é um pagamento. Ela situa-se nos antípodas do carácter sagrado da mancha. ‘Na transgressão religiosa, o culpado está no centro do tabuleiro: o seu castigo é necessário [...]. Na vingança, não só o criminoso é um pecador com o ainda ocupa apenas um lugar segundo: quem é primeiro é o ofendido, que necessita de uma ‘reparação’.’ O alvo não é a expiação, mas o retorno ao *statu quo ante* pela procura de uma compensação. O que aproxima da justiça reconstrutiva da vingança é a sua percepção comum do crime a partir do ponto de vista da vítima. Pouco importa então saber o que manifesta a agressão – a expressão de uma metafísico ou de um mal-estar pessoal –, o importante é a realidade do prejuízo provocado à vítima. O mal a reparar não é aquele que existiria no agressor, nem o mal social que se manifesta através dele, mas o mal que foi provocado à vítima. A justiça não tem que se preocupar com o autor senão como aquele que contraiu uma dívida e que deve honrá-la.”

²⁰⁵ ESER, Albin. Acerca del renacimiento de la víctima. In: ESER, Albin et al. *De los delitos y de las víctimas*. 1. ed., 2. reimp. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2008. p. 51: “Asimismo, parece casi inevitable que una mayor consideración de la víctima desembocaría en una tendencia hacia una ‘privatización de derecho penal’. Guiado por el punto de vista de que las víctimas y las víctimas potenciales de hechos punibles prefieren, al parecer, una mayor participación en el proceso penal y su reemplazo por procesos regidos por conceptos de *mediación*, en lugar de un proceso rígido, únicamente en manos del estado, el renacimiento de la víctima en el procedimiento podría conducir también a un renacimiento de la pena privada; y retrotraer con ello el desarrollo de la historia del derecho penal nuevamente a las penas de enmiendas del derecho germano, y – guiado por la esperanza de que las soluciones privadas a los conflictos jurídicos podrían restablecer la paz jurídica mejor que las estatales – relativizar, de nuevo, claramente el papel de estado en el derecho penal.”

acusado. Processo sem prisão preventiva é, para as vítimas, o reflexo da impunidade. Assim, quanto mais tempo o acusado ficar recluso, mais a vítima ficará satisfeita com o processo, pois o sofrimento do réu sempre será menor do que o seu.

Aliás, que conceito é esse de “Justiça” que só ocorre nos casos de condenação?²⁰⁶ Por esse motivo, a atuação da vítima no processo penal se mostra mais prejudicial quando se permite o emprego de todo seu ódio e sentimento de vingança durante o decorrer do processo. Esse interesse de vingança deve ser mantido o mais longe possível, para que exista um processo penal impessoal, desvinculado de paixões e que respeite os limites e garantias estabelecidos pela nossa Constituição Federal.²⁰⁷

Apesar de a participação da vítima apresentar mais prejuízos do que benefícios para o curso do processo, seja pela contaminação de seu sentimento de vingança, seja pela necessária confusão entre esferas, a perspectiva para esse cenário é ainda pior em sendo aprovado o novo Código de Processo Penal, onde está prevista uma série de novos direitos e possibilidades para a vítima no processo penal. Esse fato justifica uma análise dos principais pontos trazidos (que envolvem a vítima) no projeto de reforma do Código de Processo Penal.

²⁰⁶ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade Constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. v. 2, p. 41: “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, porque ninguém se habilita como assistente para postular a absolvição do acusado.”

²⁰⁷ Nesse sentido, MARTINEZ, Sara Aragonese. Introducción al régimen procesal de la víctima del delito. Deberes y medidas de protección. *Revista de Derecho Procesal*, Madrid, n. 2, p. 409-439, 1995. p. 415, grifo do autor: “Es al Estado, encarnado en órganos jurisdiccionales imparciales e independientes, a quien debe corresponder, tras un proceso con todas las garantías (tómese esta expresión en su sentido más amplio), declarar como delictiva o no la conducta enjuiciada, imponer la pena que proceda y ejecutarla. Reexaminar *la posición de la víctima en el proceso penal* a luz de la ley, de la doctrina y de la jurisprudencia, hacer un diagnóstico preciso de su estado, ofrecer criterios para corregir desviaciones, dentro de un sistema público de justicia penal son las mejores maneras de proteger a la víctima y de potenciar su figura, no devolviéndose el control de su propio conflicto, con o sin mediación de órganos extrajurisdiccionales o paraestatales.”

4.3 DAS PERSPECTIVAS DE ATUAÇÃO DA VÍTIMA E O PROJETO DE REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Atualmente, o Projeto de Lei nº 156/09, o qual visa reformar o Código de Processo Penal foi aprovado no Senado Federal²⁰⁸ e remetido, conforme o art. 65 da Constituição Federal, para a Câmara Federal, onde passou a se chamar PL nº 8045/2010 (apensado ao PL 7987/10).²⁰⁹ Como se trata de reforma do Código de Processo Penal com sensíveis modificações no tema do presente trabalho, deve-se analisar o que se está tentando modificar na atuação da vítima dentro do processo penal brasileiro. Para tanto, analisar-se-á, pontualmente, os principais artigos sobre o tema.

Na fase pré-processual não há sensíveis modificações no que tange à atuação da vítima, pois na proposta se mantém a possibilidade de a vítima, ou de seu representante legal, realizar pedido de diligências. Inclui-se, no entanto, em caso de indeferimento do pedido, a previsão legal para a vítima representar pela diligência à Autoridade Policial Superior ou ao Ministério Público.

Entretanto a maior alteração nessa fase processual é a previsão legal de direitos da vítima criminal, os quais deverão ser informados pelo Delegado (art. 25, inc. I²¹⁰), bem como o imediato encaminhamento para serviços de assistência à saúde ou a outros programas assistenciais disponíveis, se necessários ao caso. Também, nota-se a possibilidade de a vítima ser informada de atos sobre a prisão ou soltura do investigado, bem como da conclusão do inquérito policial (no art. 26, inc. II²¹¹).

²⁰⁸ BRASIL. Senado Federal. *Reforma do Código de Processo Penal*. Brasília, DF, 2011. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=90645>. Acesso em 12 out. 2011.

²⁰⁹ BRASIL. Câmara dos Deputados. *PL 8045/2010*. Brasília, DF, 2010. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>>. Acesso em: 12 out. 10 2011.

²¹⁰ Art. 25 do PL 8045/2010. Incumbirá ainda ao delegado de polícia: I – informar à vítima de seus direitos e encaminhá-la, caso seja necessário, aos serviços de saúde e programas assistenciais disponíveis.

²¹¹ Parágrafo 2º do art. 26 do PL 8045/2010. A vítima poderá solicitar à autoridade policial que seja comunicada dos atos relativos à prisão ou soltura do investigado e à conclusão do inquérito, devendo, nesse caso, manter atualizado seu endereço ou outros dados que permitam a sua localização.

É perceptível a influência de diplomas internacionais nessas alterações, especialmente as Resoluções 1989/57 e 1990/22 do Conselho Econômico e Social da ONU, que buscam manter as vítimas criminais informadas sobre a movimentação do processo. Aos olhos das vítimas, essa medida nessa fase processual é interessante especialmente para demonstrar que o Estado não a 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.

As propostas do novo Código de Processo Penal, também, contemplam a exclusão da ação penal de iniciativa privada do ordenamento processual. Assim, aqueles delitos que se processavam mediante queixa-crime passarão a ser promovidos por ação penal pública condicionada à representação. Essa medida se mostra interessante, pois irá centralizar o direito de acusar (pretensão acusatória) com o Ministério Público (órgão estatal), restando apenas a ação penal subsidiária da pública, a qual será a única forma de queixa-crime possível. Nesse caso, retira-se o direito de acusar da vítima, restando apenas a possibilidade de atuar como assistente da acusação pública ou como “parte civil”, como se analisará adiante.

Entretanto a parte mais significativa para a vítima no projeto de reforma do Código de Processo Penal é a figura do assistente da acusação e a inovação da “parte civil” no processo criminal. A figura do assistente da acusação continua prevista, porém está mais bem definida no projeto de reforma. Consta na proposta legislativa uma nítida restrição para os recursos do Assistente do Ministério Público, quando, no art. 79 do PL nº 8045/2010,²¹² limita seu recurso para os casos de: absolvição, absolvição sumária, de impronúncia ou de extinção da punibilidade. Para além disso, o parágrafo 3º do art. 79 do PL nº

²¹² Art. 79 do PL 8045/2010. Ao Assistente será permitido propor meios de prova, formular perguntas às testemunhas, à vítima e ao acusado, requerer medidas cautelares reais, participar dos debates orais, formular quesitos ao exame pericial, requerer diligências complementares ao final da audiência de instrução, apresentar memoriais e arrazoar recursos interpostos pelo

8045/2010,²¹³ restringe o conteúdo recursal a ser abordado pelo assistente de acusação apenas na discussão do reconhecimento da autoria e da existência do fato.

Essa dupla limitação, primeiro dos casos em que se permite ao assistente arrazoar e, segundo, de conteúdo do recurso, esclarece, claramente, a intenção do legislador em delimitar a atuação do Assistente do Ministério Público restrita à busca pela indenização/reparação do dano ocorrido pelo fato delituoso, eliminando o atual debate sobre a possibilidade de recurso para o aumento da pena do acusado. Essa limitação é um ponto positivo trazido pelo projeto de reforma do Código de Processo Penal, uma vez que, como já afirmado, esclarece a posição e a atuação da figura do assistente da acusação, evitando-se, assim, a atual insegurança jurídica gerada pela indisciplina (ausência de normas específicas) da atuação do assistente da acusação pública.

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 figura da “parte civil” dentro do processo criminal,²¹⁴ a 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.

Porém a matéria sobre a “parte civil” no processo penal abre espaço para um grande debate, o qual, à vista da inexistência desse instituto no processo penal brasileiro, deve ser apoiado na doutrina estrangeira que o reconhece, a

Ministério Público, ou por ele próprio, nas hipóteses de absolvição, de absolvição sumária, de impronúncia ou de extinção da punibilidade.

²¹³ §3.º do Art. 79 do PL 8045/2010. O recurso do Assistente limitar-se-á ao reconhecimento da autoria e da existência do fato.

²¹⁴ Art. 81 do PL 8045/2010. A vítima ou, no caso de ausência ou morte, as pessoas legitimadas a ingressar como assistentes, sem ampliar a matéria de fato constante da denúncia, poderá, no prazo de 10 (dez) dias, requerer a recomposição civil do dano moral causado pela infração, nos termos e nos limites da imputação penal, para o que será notificado após o oferecimento da inicial acusatória.

fim de que se possam fazer críticas mais pontuais sobre a matéria. Estabelecendo o debate, Jaume Solé Riera:

La doctrina procesalista ha discutido con profusión de argumentos respecto de qué sistema de ejercicio de la acción civil presenta mayores ventajas. Por un lado, aspectos como el origen de la acción penal y civil en una misma base fáctica, así como la economía procesal que supone su resolución en un solo proceso y única sentencia, amén de la disminución del riesgo de pronunciamientos contradictorios (juez penal/juez civil). Por contra, la diferente fundamentación teleológica de la acción penal, que tiende a imposición de una pena privativa de libertad al declarado culpable, en claro ejercicio del *ius puniendi* del Estado, frente a la acción civil, que pretende, en su esfera patrimonial, la restitución/reparación/indemnización del daño causado al perjudicado, pudiendo comportar esta dicotomía una complejidad añadida, cuando no una desnaturalización de su contenido, al propio proceso penal.²¹⁵

O primeiro aspecto que cabe ressaltar a respeito da existência da “parte civil” no processo criminal brasileiro é a necessária alteração do sistema de independência das esferas civil e criminal. Trata-se, obviamente, de uma opção política,²¹⁶ pois não há como negar que o sistema adotado pelo Código de Processo Penal e Código Penal protege os interesses reparatórios das vítimas criminais, tendo em vista que a decisão condenatória transitada em julgado servia de título executivo para a execução dos danos perante o juízo cível.²¹⁷

É discutível se a alteração trazida pela Lei nº 11.719/08 (introdução do inciso IV no art. 386 do Código de Processo Penal) modificou o sistema de independência²¹⁸ entre as esferas cível e criminal, uma vez que, apesar de

²¹⁵ SOLÉ RIERA, Jaume. *La tutela de la víctima en el proceso penal*. Barcelona: José Maria Bosch, 1997. p. 66.

²¹⁶ Segundo, HERMIDA, Ágata Maria Sanz. *La situación jurídica de la víctima en el proceso penal*. Valencia: Tirant lo blanch, 2008. p. 82: “La normativa internacional parece establecer, aunque sin carácter vinculante, cierta preferencia porque se pueda obtener, a través de la vía penal, un pronunciamiento condenatorio relativo al resarcimiento y/o indemnización por los daños y perjuicios ocasionados con la comisión del hecho ilícito. Así, el apdo A.9 de los Principios Fundamentales de las UN establece que ‘los gobiernos revisarán sus prácticas, reglamentaciones y leyes de modo que se considere el resarcimiento como una sentencia posible en los casos penales, además de otras sanciones penales’.”

²¹⁷ FERNANDES, Antonio Scarance. *O papel da vítima no processo criminal*. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 174: “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 civil.”

²¹⁸ Nesse sentido, FERNANDES, Antonio Scarance. *O papel da vítima no processo criminal*. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 173: “O sistema brasileiro é o da independência. Percebe-se, pela

determinar que a sentença penal condenatória fixe uma quantia para a reparação do dano, não há qualquer previsão legal para a oportunidade ou debate da matéria cível dentro do procedimento criminal. Obviamente, o que se sustentou nesse trabalho, acerca da necessidade de debate da prova cível para legitimar uma fixação de reparação do dano na sentença penal é, apenas, uma leitura constitucional, dos princípios do contraditório e da ampla defesa, a fim de evitar uma condenação (civil) sobre algo não debatido.

No entanto o projeto de reforma do Código de Processo Penal prevê a adoção da “parte civil”, a qual atuará dentro do processo criminal para buscar a reparação civil do dano moral gerado pelo delito, inclusive com prazos e oportunidades para a sua prova, conforme acima exposto. Assim, a proposta legislativa da “parte civil”, se aprovada, definitivamente modificará o sistema de independência entre as esferas, permitindo a acumulação entre pretensões punitivas e reparatórias dentro do mesmo processo, o que causará um enorme prejuízo para as partes e, especialmente, para a tramitação do processo. Destaca-se a doutrina de Ágata Maria Sanz Hermida:

La distinta finalidad y naturaleza jurídica de estas pretensiones – penal y civil – fundadas, la primera en la comisión de un hecho ilícito, y la segunda en los daños ocasionados como consecuencia de dicho hecho ilícito, junto a la existencia de un vínculo entre ambas, el hecho ilícito, ha dado históricamente lugar a la existencia de dos modelos diferenciados, el modelo francés de ‘action civile’ fundado en el Código Procesal napoleónico y que permite la acumulación de pretensiones – penal y civil – en un mismo proceso penal, y el modelo germánico, que dispone una separación del ejercicio de estas pretensiones, la penal, ante los órganos jurisdiccionales penales y la civil, ante los órganos jurisdiccionales de orden civil. El segundo modelo prima pela especialización en el tratamiento jurídico de estas cuestiones que tienen un fundamento – el delito o hecho ilícito, para la responsabilidad penal y el daño indemnizable, para la responsabilidad civil – mientras que ele primero apuesta por la economía procesal y por favorecer una más pronta tutela de los derechos de las víctimas.²¹⁹

Exposição de Motivos do Código de Processo Penal, que o principal motivo para a adoção desse sistema foi evitar o tumulto do processo criminal com questões patrimoniais, o que ocasionaria perda da rapidez na repressão penal. Todavia, em grande parte a independência das ações é compensada pela ampla atribuição de eficácia civil às sentenças penais, condenatórias ou absolutórias, o que levou mesmo a se falar em sistema intermédio situado entre o anglo-saxônico da independência e o francês da interdependência, eclético, da independência com certa mitigação, da solidariedade facultativa, ‘sui generis’.”

²¹⁹ HERMIDA, Ágata Maria Sanz. *La situación jurídica de la víctima en el proceso penal*. Valencia: Tirant lo blanch, 2008. p. 82.

O primeiro ponto negativo – de acumular as pretensões civil e penal dentro do processo penal – o das garantias constitucionais e processuais que o acusados possuem durante o processo penal. Assim, a mistura de esferas (resolução da responsabilidade civil no âmbito criminal) se mostra até mesmo prejudicial à vítima, pois a discussão da matéria cível deverá seguir o regulamento das garantias do processo criminal. Contudo a introdução desse instituto está sob o argumento de uma maior celeridade na reparação do dano e uma maior proteção à vítima criminal durante o processo penal.²²⁰

No entanto o argumento de celeridade na reparação é questionável, pois o processo penal executar uma indenização cível? Mais, como se executará a indenização para a maioria dos clientes do processo penal, os quais são pobres ou miseráveis?

Por outro lado, a inclusão da “parte civil” no processo penal alargará, ainda mais, o curso da ação, gerando um prejuízo para todas as partes. O projeto da reforma do Código de Processo Penal prevê prazo específico para a adesão civil na causa criminal, que ocorrerá dez dias após ser notificado do recebimento da denúncia; mesmas faculdades (prazos para se manifestar) e deveres do assistente de acusação, além de uma autonomia no que tange à matéria da adesão civil. Haverá prazos para recursos do assistente e para a “parte civil”, bem como espaço para debate da matéria sobre os danos, o que, por evidente, tornará o processo penal ainda mais longo.

Pois bem, se são frequentes as críticas à (longa) duração do processo criminal, o qual deveria debater apenas a pretensão punitiva, deve-se registrar que a inclusão da pretensão reparatoria será mais um motivo para a morosidade

²²⁰ Falando sobre o direito espanhol, SOLÉ RIERA, Jaume. *La tutela de la víctima en el proceso penal*. Barcelona: José Maria Bosch, 1997. p. 66: “Aunque ambos grupos de argumentos presentan una base razonable y justificable, puede efectuarse una doble puntualización, a saber: en primer lugar, el sistema que propugna el ejercicio conjunto de la acción penal y civil en el mismo proceso penal debiera tener, a mi entender, y con la actual estructuración de nuestro sistema procesal más ventajas que el sistema que prohíbe el ejercicio cumulativo en el proceso penal de las consecuencias civiles del delito, sobre todo respecto de la protección de los intereses de la víctima en el propio proceso penal, que es el encargado de depurar las responsabilidades causadas por el ilícito penal, y, por ende, asegurar el efectivo cumplimiento de la finalidad que se pretende conseguir en aras de la reparación del daño causado a la víctima.”

da esfera penal. Espera-se, evidentemente, que essa maior demora na solução penal (e, também, civil) não seja utilizada como argumento para eliminar recursos dos acusados.

Além desse fato, é curiosa a posição do assistente de acusação, pois, como se afirmou, a reforma processual penal delimita sua atuação no interesse civil, assim como o advogado da “parte civil”. No entanto a “parte civil” poderá discutir, dentro dos limites da acusação, a existência de dano moral. Ou seja, haverá o Ministério Público com sua pretensão punitiva, o assistente da acusação buscando a condenação com interesse puramente reparatório e o advogado da “parte civil” tentando demonstrar seu direito ao dano moral gerado pelo delito. Haverá um nítido desequilíbrio processual, e o processo criminal será resumido a discussões alheias ao seu objetivo.

Além do mais, a possibilidade de debate de prova acerca do dano moral gerado pelo delito dentro do processo criminal é problemática, tanto que o próprio projeto já reconhece e prevê a possibilidade do parágrafo único do art. 82 do PL 8045/2010,²²¹ quando a discussão do dano moral causar transtornos ao processo penal deverá ser remetida ao juízo cível. O projeto de reforma é omissivo ao falar apenas em transtornos, pois, quando ocorre a mistura entre a pretensão cível e a criminal no mesmo processo, os transtornos a respeito da prova e seu debate são naturais.

Ainda nesse tema, a possibilidade de discutir dano moral dentro do processo penal irá desviar o foco do processo e das provas, pois, a fim de analisar o impacto do delito para fins de dano moral, dever-se-á estudar a vítima antes e depois do crime. Assim, a vítima também deverá se submeter à investigação no âmbito criminal, sob pena de restar impossibilitada a condenação criminal com a hipótese de fixação do dano moral.

Com efeito, a influência (internacional e nacional) sobre uma maior atenção para a figura da vítima está refletida em um título inteiro dentro do

²²¹ Parágrafo único do art. 82 do PL 8045/2010.

projeto de reforma do Código de Processo Penal (Título V – art. 90 até art. 92) quando está prevista uma série de direitos ao ofendido,²²² especialmente destinados a respeitar seus direitos fundamentais, à vida, saúde, proteção e informação (até mesmo de ser alertado sobre as possibilidades de atuação dentro do processo criminal), entre outros direitos, sendo, inclusive, extensíveis para seus familiares próximos ou representante legal, quando não puderem ser exercidos diretamente pela vítima. Essa inovação (Título V) mostra a necessidade de um tratamento digno para com a vítima criminal, buscando eliminar as causas de uma futura sobrevivitização causada pelo próprio Estado que, após o delito, deixa a vítima completamente desamparada.

Por fim, o projeto de reforma prevê, no capítulo IV, as garantias à reparação civil, as quais consistem na medidas cautelares reais (hipoteca legal e arresto), que servirão para garantir a reparação do dano ocorrido no delito. Inclusive, a reparação do dano possui preferência antes das custas e das despesas processuais (art. 650 do PL 8045/2010).

O que se pode perceber no projeto de reforma do Código de Processo Penal é uma nítida preocupação com a figura da vítima criminal que é suprida por uma grande concessão de direitos e aumento das possibilidades de participação no processo penal. E essa expansão da participação da vítima no processo criminal, especialmente na situação da “parte civil”, se mostra problemática em face de uma devastação dos objetivos do processo criminal em um Estado Democrático de Direito.

²²² Segundo, MARTINEZ, Sara Aragonese. Introducción al régimen procesal de la víctima del delito. Deberes y medidas de protección. *Revista de Derecho Procesal*, Madrid, n. 2, p. 409-439, 1995. p. 413. “En este sentido, aunque notoriamente insuficientes, cada vez son más también los intentos de proporcionar a la víctima ayuda inmediata a la comisión de hecho, con información sobre derechos, asesoramiento legal, atención psicológica, médica y asistencia social.”

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao encerrar a presente dissertação alguns pontos enfrentados merecem destaque para fins de considerações finais. O primeiro, sem dúvida alguma, é a real situação de descaso com a figura da vítima criminal após a ocorrência do delito, por parte do Estado. Além dessa situação, a qual, por si só, demonstra o tratamento dispensado pelo Estado para com o ofendido, a escassez de leis que reconhecem direitos à vítima era flagrante. Antes da Lei 11.690/08, a qual incluiu uma série de direitos nos parágrafos do art. 201 do Código de Processo Penal, a lei processual penal previa, apenas, a obrigatoriedade de seu depoimento durante o processo, ou seja, nenhum direito era reconhecido.²²³ Esse descaso e a falta de legislação para o tratamento do ofendido após o fato delituoso servem apenas para aumentar a vitimização secundária, matéria debatida nesse estudo.

Com efeito, a marginalização do ofendido atingia uma grande parte das nações, com o que a figura da vítima criminal se tornou uma preocupação de organizações internacionais, com a ONU e o Conselho da Europa. Valendo-se disso, foram editadas resoluções para que os países signatários direcionassem sua atenção também para a vítima criminal.

Esses dois aspectos (descaso do Estado e influência internacional) foram determinantes para o “renascimento” da vítima no âmbito processual penal, a partir da Lei dos Juizados Especiais Criminais (1995) até as Leis 11.690/08 e 11.719/08, e está, sem dúvida alguma, influenciando o projeto de reforma do Código de Processo Penal, pois, conforme analisado, há uma nítida preocupação com direitos da vítima e aumento de sua atuação no processo penal.

Realmente, a vítima requer uma maior atenção do Estado. Não há como negar. Porém a atenção do Estado não pode ser confundida com o aumento da capacidade processual da vítima no processo. Respeito à vítima e tratamento

²²³ Não cabe incluir aqui a Lei de proteção à vítima (Lei 9.807/99), pois, como se abordou na dissertação, trata-se de lei que exige, para a inclusão no programa, de uma contrapartida da vítima e cumprimento de condições, sob pena de exclusão do programa de proteção. Ou seja, não é uma lei que prevê direitos às vítimas, mas, sim, uma troca de favores entre Estado e ofendido.

humano e digno não se concedem permitindo que a vítima possua mais poderes no processo criminal.

Dessa forma, quando se fala em uma maior proteção do Estado para com a vítima, deve-se entender como um tratamento especializado que toda a pessoa merece após a ocorrência do delito, que em nada atinge os direitos e garantias do acusado ou colide com eles. Deve-se anotar, porém, que a concessão de direitos como tratamento especializado, sala reservada,²²⁴ demandam investimentos do Estado. E, sabe-se que a sobrevivitização não será afastada apenas pela previsão legal de direitos, mas, somente, pela efetivação de seus direitos.

Por outro lado, verificou-se que o renascimento da vítima no processo penal brasileiro não está apenas ligado a uma maior concessão de direitos. O que se constata é que também há uma tendência de aumento da capacidade processual para a vítima. E, nesse ponto, a participação da vítima no processo penal e seus interesses causam mais desvantagens do que vantagens para o processo penal brasileiro.

Conforme analisado, dois seriam os interesses da vítima no decorrer do processo criminal: a reparação do dano e o desejo de justiça. No entanto esses dois interesses são problemáticos para o processo penal.

O desejo de justiça, que nada mais é que o desejo de vingança, e, assim, deve ser mantido mais longe possível do processo, a fim de que as partes não sejam contaminadas por esse justo sentimento que a vítima carrega. Não se pode exigir da vítima que seja imparcial ou que afaste sua raiva e seu desejo de vingança. Por esse motivo é que sua presença no processo penal (para realizar sua vingança pessoal) não deve ser permitida.

Entretanto o que ainda permite a participação da vítima no processo penal é a existência de uma vinculação entre as esferas penal e civil, o que foi maximizado pela Lei 11.719/08, a qual determinou que a sentença penal condenatória deverá

²²⁴ Art. 201, § 4º e 5º, do Código de Processo Penal.

fixar uma reparação mínima dos danos causados pela infração criminal. Esse modelo impõe a possibilidade de a vítima participar do processo criminal, atualmente por meio da figura do assistente de acusação.

Ao longo do segundo capítulo, apresentaram-se os problemas dessa mistura de esferas e pretensões que vão da descaracterização do processo criminal (com um possível instrução cível centro da esfera criminal), até a afronta a garantias constitucionais dos acusados (contraditório e ampla defesa, caso seja fixada a reparação do dano sem debate sobre a matéria). E, no terceiro capítulo, apresentou-se que, se o projeto de reforma do Código de Processo Penal for aprovado com a atual redação, a confusão de esferas e possibilidades de atuação da vítima só aumentará, pois está prevista a figura da “parte civil”.

Contudo, apesar dos problemas trazidos pela figura da vítima no processo penal, não há como negar seu acesso enquanto a sentença penal gerar efeitos cíveis que a impeçam de buscar sua justa reparação do dano, como é o exemplo do efeito gerado por uma sentença absolutória que reconhece a inexistência do fato.

Para além disso, ao se permitir que a vítima atue no processo penal para buscar sua indenização (ou evitar a sentença absolutória), na qualidade de assistente da acusação, devem-se conceder meios eficazes para exercer plenamente seu direito.

O que se percebe, contudo, ao final, é que grande parte da discussão sobre a atuação da vítima deve-se à inexistência de legislação específica sobre os limites de atuação e interesses do ofendido no processo penal. Dessa forma, o processo penal brasileiro necessita de uma reforma global, na qual se aborde, definitivamente, a matéria sobre a atuação da vítima no âmbito penal. Por um lado, ou se desvincula a esfera penal da cível, e, assim, exclui-se completamente o interesse do ofendido no processo penal; ou, mantendo o atual formato de vinculação de esferas, que se elaborem leis objetivas sobre a atuação e limitações da vítima, tudo sob seu único interesse no processo criminal, qual seja: a reparação do dano.

REFERÊNCIAS

- AZEVEDO, Rodrigo Ghringhelli de. Conciliar ou punir?: dilemas do controle penal na época contemporânea. In: CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre (Org.). *Diálogos sobre a justice dialogal: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da Justiça Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 55-79.
- BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. A sentença penal de acordo com as Leis de Reforma. In: NUCCI, Guilherme de Souza (Org.). *Reforma do Processo Penal*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.
- BARROS, Flaviane de Magalhães. *A participação da vítima no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- BOVINO, Alberto. La víctima como preocupación del abolicionismo penal. In: ESER, Albin et al. *De Los delitos y de las víctimas*. 1. ed., 2. reimp. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2008. p. 261-279.
- BOSCHI, José Antonio Paganella. *Ação penal: as fases administrativas e judicial da persecução penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- BRASIL. Senado Federal. *Reforma do Código de Processo Penal*. Brasília, DF, 2011. Disponível em: <www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=90645>. Acesso em 12 out. 2011.
- BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Código Civil*. Brasília, DF, 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12483.htm>. Acesso em: 19 set. 2011.
- BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. *Código de Processo Penal*. Rio de Janeiro, 13 out. 1941. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 13 nov. 2009.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. *PL 8045/2010: Projeto de Lei*. Brasília, DF, 2010. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>>. Acesso em: 12 out. 10 2011.
- CALLEGARI, André Luís; ANDRADE, Roberta Lofrano. *Direito penal e globalização*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- CALLEGARI, André Luís; WERMUTH, Ângelo Dezordi. *Sistema penal e política criminal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- CALHAU, Lélío Braga. *A vítima e o direito penal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Comentários à lei de violência doméstica e familiar contra a mulher*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CHOCRÓN GIRÁLDEZ, Ana María. Fundamento constitucional de la Protección a las víctimas en el proceso penal español. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado (nueva serie)*, México, año 41, n. 122, p. 691-715, mayo-ago. 2008.

COLÉGIO DE ABOGADOS DE MADRID. *Silin x Eslovênia*. Madrid: ICAM; c2008.

Disponível em:

<http://www.icam.es/docs/web3/doc/ASUNTO_SILIH_ESLOVENIA.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2011.

COLET, Charilse Paula. *Direito penal e globalização*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2011.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Ximenes Lopes*: sentença de julho de 2006. Costa Rica: CIDH; 2011. Disponível em:

<http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf>. Acesso em 18 jun. 2011.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Garibaldi*: sentença de novembro de 2009. Costa Rica: CIDH; 2011. Disponível em:

<http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_203_por.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2011.

DELMAS-MARTY, Mereille. *Processo penal e direitos e direitos do homem*. Barueri: Manole, 2004.

DEZEM, Guilherme Madeira. *Da prova penal: tipo processual, provas típicas e atípicas*. Campinas, SP: Millennium Editora, 2008.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Strasbourg: ECHR, 2011. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/echr/Homepage_Em>. Acesso em: 23 ago. 2011

FAYET JÚNIOR, Ney. A evolução histórica da pena criminal. In: BITENCOURT, Cezar Roberto (Org.). *Crime e sociedade*. 1. ed., 2. tir. Curitiba: Juruá, 1999. p. 229-255.

FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

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

GARAPON, Antoine; GROS, Frédéric; PECH, Thierry. *Punir em democracia*. Lisboa: Instituto Piaget, 2001.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GARLAND, David. *La Cultura del control: crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. 1. ed. Gedisa: Barcelona, 2005.

GIACOMOLLI, Nereu José. *Reformas (?) do Processo Penal: considerações críticas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, oportunidade e consenso no Processo Penal na perspectiva das garantias constitucionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

GIACOMOLLI, Nereu José. *Juizados especiais criminais: Lei 9.099/95: abordagem crítica*. 3. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

GIRÁLDEZ, Ana María Chocrón. Fundamento constitucional de la protección a las víctimas en el proceso penal español. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado (nueva serie)*, México, año 41, n. 122, p. 691-715, mayo-ago. 2008.

GOMES, Luis Flávio. *Comentários às reformas do Código de Processo Penal e da Lei de Trânsito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As reformas no processo penal: as novas Leis de 2008 e os projetos de reforma*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

GONZÁLEZ, Rodrigo Ramírez. *La victimología*. Bogotá, Colombia: Temis, 1983.

HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología*. Valencia: Tirant lo blanch; 2001.

HERMIDA, Ágata Maria Sanz. *La situación jurídica de la víctima en el proceso penal*. Valencia: Tirant lo blanch, 2008.

HIRSCH, Hans Joachim. Acerca de la posición de la víctima en el Derecho penal y en el Derecho procesal penal. In: ESER, Albin et al. *De los delitos y de las víctimas*. 1. ed., 2. reimp. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2008. p. 91-128.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 1, t. 1.

LARRAURI, Elena. Victimología. In: ESER, Albin et al. *De los delitos y de las víctimas*. 1. ed., 2. reimp. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2008. p. 284.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade Constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. v. 1.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade Constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. v. 2.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. v. 2.

LOPES JÚNIOR, Aury. Justiça negociada: utilitarismo processual e eficiência antigarantista. In: CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre (Org.). *Diálogos sobre a justice dialogal: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da Justiça Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 99-128.

MAIER, Julio B. J. *La víctima y el sistema penal*. In: ESER, Albin et al. De Los delitos y de las víctimas. 1. ed., 2. reimp. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2008. p. 183-249.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2. ed. Campinas: Millenium, 2000.

MARTINEZ, Sara Aragoneses. Introducción al régimen procesal de la víctima del delito. Deberes y medidas de protección. *Revista de Derecho Procesal*, Madrid, n. 2, p. 409-439, 1995.

OLIVEIRA, Odete Maria de. *Problemática da vítima de crimes: reflexos no sistema jurídico português*. Lisboa: Rei dos Livros, 1994.

PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. *Justiça restaurativa: da teoria à prática*. São Paulo: IBCCRIM, 2009.

PESCE LAVAGGI, Eduardo. *La individualización de la pena en nuestro ordenamiento jurídico penal*. Montevideo: Carlos Alvarez, 2003.

PRADO, Geraldo. *Comentários à lei de violência doméstica e familiar contra a mulher*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SANTOS, Leandro Galluzi dos. *As reformas no processo penal: as novas Leis de 2008 e os Projetos de Reforma*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SANTOS, Thomas Francisco Silveira de Araujo. *As reparações às vítimas no Tribunal Penal Internacional*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2011.

SCHEID, Carlos Eduardo. *A motivação das decisões penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SCHNEIDER, Hans Joachim. La posición jurídica de la víctima. *Doctrina Penal: teoría y práctica en las Ciencias Penales*, ano 12, n. 46/47, p. 307-330, abr./set. 1989.

SEITENFUS, Ricardo Antônio Silva. *Manual das organizações internacionais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Reforma tópica do processo penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del derecho penal*. 2. ed. reimp. Montevideo: BdeF, 2008.

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

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM. História. Lisboa: GDDG, c2001. Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/sist-europeu-dh/cons-europa-tedh.html>>. Acesso em: 23 ago. 2011.

TRIGUEIROS NETO, Arthur da Motta. *Comentários às recentes reformas do Código de Processo Penal e legislação extravagante correlata*. São Paulo: Método, 2008.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal: parte general V*. Buenos Aires: EDIAR, 1988.

ZIYADE, Fátima. *O assistente da acusação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1993.