



**Centro Universitário de Brasília
Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento – ICPD**

JOÃO FILIPE MELO DE CARVALHO

**A TUTELA DA VÍTIMA DE CRIME NO PROCESSO PENAL SOB A
ÓTICA DOS DIREITOS HUMANOS: A INFLUÊNCIA DA RESOLUÇÃO
Nº 40/34 DA ONU NO DIREITO BRASILEIRO**

Brasília – DF
2013

JOÃO FILIPE MELO DE CARVALHO

**A TUTELA DA VÍTIMA DE CRIME NO PROCESSO PENAL SOB A
ÓTICA DOS DIREITOS HUMANOS: A INCLUÊNCIA DA RESOLUÇÃO
Nº 40/34 DA ONU NO DIREITO BRASILEIRO**

Trabalho apresentado ao Centro
Universitário de Brasília (UniCEUB/ICPD)
como pré-requisito para a obtenção de
Certificado de Conclusão de Curso de
Pós-graduação *Lato Sensu* em Direitos
 Sociais, ambientais consumidor e Direitos
 Humanos.

Orientador: Profa. Carolina Abreu

Brasília, ____ de _____ de 20__.

Banca Examinadora

Dedico esta monografia a minha amada mãe Sra. Lídia Melo Moura de Carvalho que vive em constante indignação com o desamparo das vítimas de crime no Brasil.

RESUMO

Carvalho, João Filipe Melo. *A tutela da vítima de crime no processo penal sob a ótica dos Direitos Humanos: A influência da Resolução nº 40/34 da ONU no Direito brasileiro*. 2013, 73f., Monografia para conclusão de pós-graduação em *Lato Sensu* em Direitos Sociais, ambientais consumidor e Direitos Humanos, Centro Universitário de Brasília – UNICEUB, 2013.

Busca-se, no presente trabalho, examinar o papel da vítima de crime em diversos institutos do processo penal, sob o enfoque humanístico, considerando o "redescobrimento da vítima" com o momento atual. Para melhor compreensão do tema, foi pertinente iniciar a partir da evolução histórica do estudo da vítima de crime até a moderna vitimologia, passando por vários momentos da persecução penal até as formas de reparação civil. Durante todo o trabalho, foi feito o paralelo com a Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder – 1985, a Resolução 40/34 da Organização das Nações Unidas (ONU), corroborada com fundamentação doutrinária e jurisprudencial para que seja possível ao leitor ter uma profunda compreensão de como é tratada a vítima de crime no Brasil hoje e o que pode melhorar.

Palavras Chave: Vítima de crime. Vitimologia. Direitos Humanos. Processo Penal. Redescobrimento da vítima. Resolução 40/34 da ONU.

ABSTRACT

Search in the present study to examine the role of the victim of crime in various institutes of criminal proceedings under the humanistic approach, considering the "rediscovery of the victim" at the present time. For better understanding of the issue, it was relevant to start from the historical evolution of the study of crime victim to modern victimology, passing through various stages of criminal prosecution to the forms of civil repairs. Throughout the work was done a parallel with the Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power – 1985, resolution 40/34 of the United Nations (UN), corroborated with doctrinal and jurisprudential reasoning so that it is possible for the reader to have a deep understanding of how victims of crime in Brazil are treated today we can improve.

Key words: Victim of crime. Human rights. Criminal Procedure. Rediscovery of the victim. Resolution 40/34 of the UN.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 A VÍTIMA DE CRIME SOB A ÓTICA DOS DIREITOS HUMANOS.....	9
1.1 Evolução histórica	9
1.2 As vítimas de crime como objeto de estudo dos Direitos Humanos	12
1.3 Declaração sobre os Princípios Fundamentais de Justiça para as Vítimas de Delito e Abuso de Poder, Resolução 40/34 ONU	15
1.4 Conceito de vítima e de vítima de crime.....	17
2 O PROCESSO PENAL BRASILEIRO SOB A ÓTICA DAS VÍTIMAS DE CRIME	24
2.1 Considerações preliminares	24
2.2 As espécies de ação penal sob a ótica das vítimas de delito	26
2.3 Assistência de acusação: em busca de interesses.....	29
2.4 As vítimas de delito e a produção de prova na persecução penal: problemas.....	31
2.5 Evoluções do processo penal brasileiro decorrentes da redescoberta das vítimas de crime e a Resolução 40/36 da ONU	35
2.6 A insuficiência de comunicação com a Vítima de Crime conforme a Resolução 40/36 da ONU	42
3 A REPARAÇÃO DA VÍTIMA DE CRIME	45
3.1 Primeiras considerações sobre a reparação das vítimas de crime	45
3.2 A natureza da reparação dos danos.....	46
3.3 A reparação dos danos e o redescobrimento da vítima	47
3.4 Os sistemas de reparação do dano às vítimas de crime	50
3.5 A reparação civil da vítima de crime no Brasil	54
3.5.1 A Ação Civil autônoma de reparação, artigo 64 do Código de Processo Penal	56
3.5.2 Ação de Execução Civil <i>Ex Delicto</i> , artigo 63 do Código de Processo Penal	60
3.6 A Lei 9099/95 e o novo modelo consensual de justiça criminal	64
3.7 Recomendações da Resolução 40/34 da ONU sobre a reparação dos danos que ainda não foram adotadas no Brasil	67
4 CONCLUSÃO	70
5 REFERÊNCIAS.....	72

INTRODUÇÃO

O estudo da vítima de crime é fundamental nos dias de hoje tendo em vista o novo momento de “redescobrimto das vítimas”, a nova dinâmica do processo penal constitucional e a dignidade da pessoa humana como postulado interpretativo do direito, principalmente a favor dos vitimizados.

A maior preocupação desta monografia é analisar a vítima de crime como sujeito de direitos, contextualizando-a sob o enfoque dos direitos humanos, das recomendações da ONU e da legislação brasileira.

O estudo das vítimas ganhou grande visibilidade pós-segunda guerra mundial gerando a criação de um ramo científico específico chamado vitimologia, que tem como objeto de estudo a vítima em todos os seus aspectos: social, psicológico, em relação à pessoa do infrator e ao sistema.

A organização deste trabalho foi pensada com base nos modernos anseios da vitimologia, que pretende implementar um modelo de tratamento às vítimas, mais “*comunicativo e resolutivo*” (GOMES, 2011, p. 480).

Com efeito, a monografia terá três capítulos, o primeiro com ênfase no objeto de estudo: a vítima; o segundo com destaque no contato do sistema penal brasileiro e o ofendido; e o terceiro, será a análise das formas de reparação dos danos causados à vítima de crime.

Deste modo, a delimitação do objeto de estudo será feito no primeiro capítulo. Ou seja, quem é a vítima de crime? como ela foi tratada pelo direito ao longo do tempo (evolução histórica)? como é vista pela vitimologia, pelo processo penal e pelos direitos humanos? o que significa esta nova era do redescobrimto da vítima?

Além disso, o trabalho analisa os mecanismos processuais penais utilizados pelo judiciário brasileiro, nos dias de hoje, para satisfazer os interesses da vítima de crime. Que, de toda sorte, foram pensados na década de 40, época do “esquecimento da vítima”. Motivo pelo qual, temos um sistema pensado exclusivamente para punir o criminoso, desconsiderando a vítima.

Por conseguinte, dentro desse panorama humanístico, será exposta, discursivamente, a atuação da vítima na persecução penal, abrangendo os problemas do seu contato com o sistema policial e judiciário (vitimização secundária). Ou seja, na ação penal, na instrução processual penal, na sentença

penal e, por fim, na reparação dos danos. Sempre fazendo o paralelo de: como ocorre no Brasil e qual as recomendações da ONU pertinentes a cada matéria, inclusive os acertos e as falhas de comunicação do sistema penal para com o vulnerável.

No último capítulo, o cerne do estudo será as formas de reparação das vítimas de crime no Brasil, a ação civil *ex delicto* e a ação de execução *ex delicto*, com as discussões jurisprudenciais e doutrinárias relacionadas. Serão apontadas as falhas e os acertos do sistema brasileiro de reparação das vítimas, as influências da nova era do redescobrimto das vítimas, bem como a omissão legislativa quanto ao Fundo de Amparo às Vítimas de Crime.

1 A VÍTIMA DE CRIME SOB A ÓTICA DOS DIREITOS HUMANOS

1.1 Evolução histórica

A evolução histórica ocidental do estudo da vítima de crime pode ser dividida em três momentos. O primeiro momento teve a maior duração, com início ainda nos primórdios da civilização humana até a baixa idade média, século V d.C, fase conhecida como de "*Vingança Privada*".

A vítima de crime tinha grande importância nesse sistema punitivo, pois cabia-lhe a punição do seu agressor. Ela era responsável por perseguir seu ofensor e puni-lo, sendo tal conduta apoiada pelas pessoas do convívio. Não existia a tutela estatal para delimitar os limites da vingança privada nem para punir os eventuais transgressores das regras de convivência, prevalecendo a autotutela.

A vítima era considerada como a pessoa de maior importância para a punição de ofensores, bem como para ter sua reparação e honra assegurada.

Em algumas sociedades, como a romana, grega e babilônica, em torno do século VIII a.C, já haviam líderes que estabeleciam limites à vingança privada, permitindo a punição de pessoas que transgrediam os padrões considerados aceitos pela sociedade conforme normas mínimas estabelecidas.

Nesse momento, há o registro da primeira legislação conhecida a considerar a vítima de crime, surgida em aproximadamente 1700 a.C, oriunda da região da Mesopotâmia, chamada de Código de Hamurabi¹, que constava a chamada lei de talião: "olho por olho, dente por dente". (FERNANDES, 1995, p. 12-14)

Essa norma engrandecia a vítima ao extremo, considerando o seu dano sofrido exatamente a punição que deveria sofrer o ofensor. A máxima era tão considerada que consta na legislação: se um construtor levantasse uma casa que viesse a cair e matar o filho do dono da casa, o filho do construtor também seria morto.

De qualquer forma, essa vetusta lei foi considerada um avanço aos direitos humanos, pois, em tese, o limite de vingar-se limitava à proporção do dano, evitando

¹ Há divergência doutrinária neste ponto, há quem entenda que a primeira norma a considerar a vítima foi o Código de Ur-Nammu, por volta de 2.028 a.C, entre os povos de Ur, na Caldéia, (AQUINO, 2013. p. 2).

que a vítima pudesse prejudicar além do algoz, seus familiares, sua cidade, linhagem étnica etc.

Durante esse período da vingança privada, há registros de outras normas que consideram a vítima, podendo ser citado: Legislação Mosaica, o Alcorão, Código de Manu e Lei das XII Tábuas. (AQUINO, 2013, p. 2-3)

Nessa fase mais antiga (até baixa idade média), também conhecida como "idade de ouro da vítima", já era possível a composição pecuniária da vítima como forma de reparação do dano sofrido, e, como não existia distinção entre justiça penal e civil, a reparação pecuniária (em sentido amplo: dinheiro, animais, móveis, alimento, tesouros em geral) era considerada pena.

O segundo momento, também conhecido como "*fase do esquecimento*", teve início na idade média (sec. v), com a formação dos estados e sociedades com líderes (religioso, feudal, monarca etc.). O Estado aos poucos toma para si o poder punitivo, já com investigações de ofício e punições severas.

com o fortalecimento das monarquias e do estado moderno, a vítima é relegada definitivamente a segundo plano. O direito penal é considerado de ordem pública, sendo o crime visto como ofensa à boa ordem social cabendo ao soberano ou ao Estado reprimi-lo. (FERNANDES, 1995, p. 15)

A vítima era pouco ou quase nada participativa e perdeu espaço para as atuações do Estado. Importante frisar que na idade média admitia-se amplamente a tortura como investigação e a pena de morte como punição.

A pessoa do infrator e a pessoa da vítima eram consideradas como critérios de investigação e punição. O assassinato de um herege não era crime, mas o de um sacerdote era. Conforme o status social do envolvido, era estabelecido o comportamento punitivo do estado.

A reparação da vítima era totalmente manipulada conforme o interesse do ente que realizava o "processo penal". O confisco de bens e valores do ofensor era feito e apenas parte ou nada era repassado à vítima, ficando em poder do responsável pelo processo penal. (FERNANDES, 1995, p. 16)

Avançando bastante na história, ainda dentro da fase do abandono da vítima, com advento da revolução francesa e a escola clássica, momento em que o estudo dos direitos humanos evoluíram exponencialmente; a sociedade estarrecida com as punições desumanas aplicadas pelo estado passou a se preocupar sobremaneira

com a pessoa do ofensor, sendo a vítima ainda relegada a plano inferior, esquecida pelos estudiosos. De qualquer forma, houve uma evolução.

Argumentava-se que a atuação da vítima era movida por sentimento de vingança, e não de justiça, e que, por isso, deveria ser limitada a sua participação no processo criminal. (FERNANDES, 1995, p.16)

Essa fase da história perdurou centenas de anos, tendo a mudança se iniciado apenas em meados do século XX, após segunda guerra mundial. Com a evolução do direito penal e dos direitos humanos, surge o terceiro momento que perdura até os dias atuais, chamado de "*redescobrimto da vítima*", ou "*período humanitário*"².

O enorme sofrimento e o grande número de mortos nas batalhas da II Guerra Mundial geravam já uma consternação generalizada que veio a ser intensificada quando os horrores dos campos de extermínio e de concentração vieram ao conhecimento público. As torturas, as mortes, a degradação humana, o incrível sofrimento impingido a milhares de pessoas inocentes criaram na consciência mundial estarecida um dever inarredável de solidariedade para com as vítimas. (OLIVEIRA, Ana Sofia citada por JORGE, 2002, p. 64).

Apenas para preencher esse breve panorama histórico, hoje a perspectiva de redescobrimto da vítima, em sentido unânime na doutrina, pretende a consideração da vítima como sujeito de direitos no processo penal, e não como uma "prova" ou "terceiro".

A ideia não é engrandecer a vítima em detrimento do ofensor, mas considerá-la em um patamar de importância e existência, antes desconsiderada, diante da efetividade de seus direitos fundamentais.

Cumprir informar que o estudo moderno da vitimologia, que enaltece o redescobrimto da vítima, anseia pela evolução de dois pontos principais nos modelos penais: o mais **comunicativo** e o mais **resolutivo**³:

que permita o diálogo, sempre que possível, entre o autor do fato e a vítima; que a vítima seja comunicada de todo o andamento do feito, dos seus direitos etc.; de outros lado que a decisão do juiz criminal, na medida do possível, resolva o conflito, isto é, que permita a reparação do dano, mesmo porque a prisão, que constitui o eixo do modelo clássico, não soluciona nada, não resolve o problema da vítima e tem um custo social muito alto.

² Esse momento é também chamado de "protagonismo da vítima", "movimento vitmológico", "movimento de defesa dos direitos humanos". Cada autor chama essa fase de forma diferente, as mais difundidas são "redescobrimto da vítima" e "período humanitário".

³ Em razão desses dois anseios da vitimologia moderna por um sistema mais comunicativo e resolutivo é que foi organizada a estrutura da presente monografia, aprofundando o estudo de um modelo mais comunicativo no capítulo 2 e um modelo mais resolutivo no capítulo 3.

Por tudo isso, deve ser reservada para casos extremos (ultima ratio). (GOMES, 2010, p.480).

Esse assunto, atualmente, interessa aos direitos humanos, penal, processual penal, constitucional e à criminologia, devendo a vítima ser visualizada como vulnerável que já teve sua dignidade molestada e ser protegida com maior ênfase diante da máxima humanística da igualdade aristotélica.

1.2 As vítimas de crime como objeto de estudo dos Direitos Humanos

Importante deixar claro que a evolução do estudo sobre as vítimas de crime não é privilegiada, pois, como exposto anteriormente, foi marcada por um período de esquecimento, que maculou os direitos dessa espécie de vulnerável.

Ainda hoje, há medidas básicas e fundamentais a serem implementadas com relação à vítima de crime⁴, porque, pouco diferente do que acontecia no passado, a vítima ainda é esquecida. Suas oportunidades no processo penal e seus direitos são exercidos com entraves, e sua dignidade não é amparada pelo Estado, como deveria ser.

Para mudar esse quadro de desamparo da vítima e estudar a fundo essa figura, surge o movimento humanístico do redescobrimento da vítima e o surgimento da ciência da vitimologia. Conforme abordado por Allice Pedra Jorge:

redescobrimento da vítima com o surgimento do termo Vitimologia, utilizado pela primeira vez pelo advogado israelense Benjamin Mendelsohn, em uma conferência no hospital do Estado em Bucareste, mais precisamente em 1947. Posteriormente, Hans von Henting editou a considerada primeira obra sobre a vítima, qual seja: 'O criminoso e sua vítima', em 1948, que descreve a relação entre o criminoso e a vítima, demonstrando uma nova imagem do agredido, muito mais realista e dinâmica, como sujeito ativo e não como mero objeto. (JORGE, 2002, p. 14)

Nesta feita, surge a ciência da vitimologia, considerada como parte da criminologia, embora vitimólogos, como Erika Seguin e Aline Pedra Jorge, entre outros, a considerarem como uma ciência autônoma.

Pode-se definir vitimologia como sendo a ciência que estuda a vítima: sua personalidade, aspectos biológicos, psicológicos e social em geral, inclusive com abordagem cultural, étnica e econômica, bem como a tutela administrativa e jurídica.

⁴ No presente trabalho será aprofundado o estudo da vítima de crime no Brasil, mas não faltam registros de que o estudo tem evolução tardia, ou seja, não é uma falha acadêmica e legislativa exclusivamente brasileira, mas global.

Estuda os processos de vitimização, sua ligação com os vitimizadores, bem como os aspectos interdisciplinares.

Segundo a vitimóloga Erika Séguim:

é prioridade da vitimologia o estudo do comportamento da pessoa vitimizada de sua gênese de seu desenvolvimento, do estudo do processo de vitimização na dinâmica entre o vitimizador e sua vítima, do exame de sua classificação doutrinária. (SÉGUIN: 2000, p. 1).

A missão da Vitimologia pode ser definida como:

Resumidamente, a Vitimologia alcança temas como a proteção da vítima e o reconhecimento de seu papel preponderante, como sujeito de direitos; o estudo das vítimas, não só de crimes mas daquelas agredidas em seus outros Direitos Fundamentais, tais como educação, saúde, emprego; a redução da vitimidade através de uma política de prevenção; a criação de políticas públicas de assistência psicológica, jurídica e social às vítimas de crime; a reformulação da legislação no sentido de melhor atender às suas expectativas. (JORGE, 2002, p.44)

O estudo da vítima foi difundido em todo o mundo. Surgiram vários vitimólogos, além de obras literárias e congressos internacionais sobre o assunto. Não demorou muito para aparecer teorias atrelando as vítimas de crime (ou a vitimização) como objeto de estudo dos direitos humanos. Mas por quê?

Para responder essa pergunta, cumpre esclarecer que Direitos Humanos são o conjunto de direitos individuais e coletivos inerentes à pessoa humana que nenhum Estado pode legitimamente violar, pelo contrário, devem criar mecanismos legais a assegurá-los, de modo a garantir eficazmente seu exercício, conferindo ao cidadão a prevenção e reparação de eventuais violações.

Diferem os direitos humanos dos direitos fundamentais, apenas no tocante à positivação destes últimos, ou seja, os direitos fundamentais estão positivados e os direitos humanos existem em razão da pessoa humana e se fundam na natureza humana, tudo isso com objetivo de efetivar ao máximo a dignidade da pessoa humana.⁵

⁵ A abordagem poderia ser: "as vítimas de crime sob a ótica dos direitos fundamentais" sem qualquer problema terminológico. Principalmente porque o presente trabalho tem como base principal o direito brasileiro, que tem os direitos fundamentais insculpidos na Constituição Federal (implícita e explicitamente). Entretanto, convém fazer essa abordagem em torno dos direitos humanos, pela influência e marcos internacionais que sofreu a matéria, inclusive a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 e a Declaração sobre os Princípios Fundamentais de Justiça para as Vítimas de Delito e Abuso de Poder 1985, documentos internacionais que não são direitos fundamentais, mas humanos, como será visto ainda neste capítulo.

Os Direitos Humanos têm como características: universalidade, indisponibilidade, historicidade, indivisibilidade, efetividade, inviolabilidade, imprescritibilidade, e outros, dependendo do autor adotado. É detentor de direitos qualquer pessoa, por ser humana, independentemente de ser uma senhora da alta sociedade inglesa ou uma criança vítima de estupro no litoral alagoano – devem ser tratadas da mesma forma, pois uma pessoa não é mais humana que outra.

Com a missão de efetivar os Direitos Humanos, os Estados têm adotado medidas para garantir a igualdade material, tratando os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual, ou seja, pessoas que por sua natureza ou circunstância estão em situação de desigualdade moral /econômica /social etc., como por exemplo: portadores de deficiência física e mental, idosos, hipossuficientes, crianças, e por que não as vítimas de crime?

Defendendo a intersecção de ambas as matérias (direitos humanos e vitimologia), seguem as explicações da doutrina:

A vitimologia a os comissões de direitos humanos, desde seus nascedouros, com normas e dimensões muitas vezes diferentes no acidental, mas semelhantes no essencial sempre conviveram, de mãos dadas, objetivando a paz social, fim último dos anseios humanos (SÉGUIN, 2000, p. 2).

É inegável que as pessoas vítimas de crime já tiveram sua dignidade afetada pelo delito e encontram-se em situação de vulnerabilidade, logo merecem amparo diferenciado pelo estado. Caso haja dúvidas quanto a isso, nem precisa imaginar uma mulher vítima de violência doméstica e familiar ou uma criança vítima de estupro, não precisa ir tão longe, basta fazer a hermenêutica de qualquer crime que tenha vítima. Aliás, uma conduta sem lesividade não é crime!

Sobre essa correlação, importante a pontuação esclarecedora de Alinne Pedra Jorge:

A intenção da participação da vítima na justiça criminal, e da sua interpretação como ser humano dotado de vida e de voz não surge na perspectiva de se prejudicar outros direitos, os do acusado, por exemplo. A Vitimologia preza pela valorização da vítima como ser humano, não como sujeito para o qual as atenções devem se voltar a partir de agora. Não se trata de substituir o respeito ao delinqüente exclusivamente pelo respeito à vítima, ou de lhe atribuir papel principal. Trata-se da defesa dos direitos dos seres humanos enquanto vítimas de uma determinada ação delitativa, e neste contexto se inserem, inclusive, os condenados a pena privativa de liberdade, vítimas de uma série de violações de direitos, freqüentemente. (JORGE:2002, p.31)

Importante mencionar que, segundo o professor da Universidade de Brasília Antônio Beristain, desde o primeiro Simpósio internacional de Vitimologia, celebrado em Jerusalém no ano de 1973, estabeleceu-se um programa de que "a filosofia política defenderá e assistirá a vítima mais que o delinquente: em lugar do tradicional axioma indubio pro reo, de dirá **in dubio pro victima**: em caso de dúvida, em favor da vítima." (Beristain, 2000, p.77, grifo nosso).

Assim, o interesse do ofendido, até como parâmetro hermenêutico do processo penal, já foi defendido por pensadores, *in dubio pro victima*. Princípio que deve ser adotado no direito brasileiro.

1.3 Declaração sobre os Princípios Fundamentais de Justiça para as Vítimas de Delito e Abuso de Poder, Resolução 40/34 ONU

Diante da importância prática e científica da Vitimologia, foram realizados dezenas de simpósios e congressos internacionais sobre o assunto em todo o mundo. Sem querer exaurir os eventos, ocorreram antes da Declaração: simpósio internacional de vitimologia no Japão 1982; IX congresso internacional de criminologia em Viena 1983, Bangkok 1983, Caribe 1983 e em Adis-Adeba 1983; V simpósio internacional de Zegreb; VII congresso das nações unidas sobre prevenção do crime e o tratamento dos delinquentes, realizado em Milão de 26 de agosto a 6 de setembro de 1985, no qual foi elaborado e aprovado o texto da declaração dos direitos da vítima (FERNANDES, 1995, p. 21).

Tais trabalhos geraram evolução da matéria em inúmeros países, entretanto a maior contribuição foi da Assembleia Geral da ONU, que, em 29 de novembro de 1985, aprovou a Declaração sobre os Princípios Fundamentais de Justiça para as Vítimas de Delito e Abuso de Poder, através da Resolução 40/34.

Essa declaração é o mais importante documento internacional relacionado à vítima de crime. Tanto no âmbito criminal como para os direitos humanos, é a fonte normativa que relaciona ambas as disciplinas. O documento traz recomendações a serem adotadas pelos estados membros, bem como declara direitos e deveres mínimos das vítimas de crime.⁶

⁶ Importante ressaltar que, embora tal declaração seja de 1985, anterior a Constituição Federal Brasileira de 1988, o Brasil, como estado membro da ONU, ainda não efetivou ou criou meios para efetivar a maioria desses direitos e deveres, como será analisado um por um ao longo da monografia.

A mencionada declaração, bem como a declaração universal dos direitos humanos de 1948 e outras declarações internacionais, não gera direitos fundamentais à pessoa humana. Esses documentos têm caráter declaratório. O ser humano é titular nato desses direitos e deveres, não sendo necessário qualquer manifestação política. Aliás, manifestações em sentido contrário ao que foi declarado devem ser refutadas.

Francisco Resek, ao tratar do assunto, explica o seguinte sobre as declarações:

Não é um tratado, e por isso seus dispositivos não constituem exatamente uma obrigação jurídica para cada um dos estados representados na Assembleia Geral quando, sem qualquer voto contrário, adotou-se o respectivo texto sob a forma de um resolução da Assembleia. Por mais de uma vez, ante gestões externas fundadas no zelo pelos direitos humanos, certos países reagiram lembrando a natureza não - convencional da Declaração. (RESEK, 2010, p. 226)

A Declaração sobre os Princípios Fundamentais de Justiça para as Vítimas de Delito e Abuso de Poder começa com as recomendações da ONU para implementações de medidas a serem tomadas pelos estados.

O anexo "A" inicia conceituando as vítimas de crime, delimitando a abrangência do termo (vítima), bem como as condutas / eventos originários da vitimização.

Por conseguinte, trata do acesso à justiça e tratamento equitativo, oportunidade em que menciona: as formas que as vítimas de crime devem ser tratadas judicialmente e extrajudicialmente, a facilitação dos processos para serem reparadas, a criação de um fundo de amparo as vítimas, e outros.⁷

No presente trabalho, será considerado apenas o anexo "A" da declaração sobre os Princípios Fundamentais de Justiça para as Vítimas de Delito e Abuso de Poder, que trata das vítimas de crime. Já que o anexo "B" trata das vítimas de crime de abuso de poder, matéria alhures ao objeto de estudo desta monografia.

De fato, essa declaração é a materialização da fase do redescobrimento da vítima, portanto do maior interesse para este trabalho. Sendo assim, serão analisados os itens da declaração, um por um ao longo da monografia, com o paralelo entre a legislação brasileira e as recomendações da ONU

⁷ A medida em que os mencionados assuntos vão sendo tratados no presente trabalho, haverá o resgate das informações contidas na declaração.

1.4 Conceito de vítima e de vítima de crime

É comum na doutrina a distinção entre vítima e vítima de crime. Inicialmente, cumpre trazer os conceitos de vítima, por serem mais amplos, e depois tratar do conceito de vítima de crime.

Antônio Scarance divide o conceito de vítima sob três enfoques: o gramatical, o vitmológico e jurídico.⁸

O sentido literal / gramatical de vítima tem origem do latim "*vincire*", significa o animal destinado a sacrifício aos deuses após a vitória na guerra, ou "vigere", vigoroso, advindo do animal que deveria ser vigoroso, forte para ser sacrificado. Termo do latim que se contrapõe a "*vincere*" que significa vencedor, sendo a vítima o perdedor, abatido. (FERNANDES, 1995, p. 30-31)

Etiologicamente, a palavra vítima tem base religiosa e comporta qualquer ser vivo, independente de ser animal ou humano, que sofre qualquer espécie de dano. Sentido que deu origem ao significado gramatical de vítima: "exprime qualquer ser vivo que por ação ou omissão de outrem, por ato dele próprio, ou ainda por acidente ou fato da natureza, sofre qualquer espécie de dano. Até mesmo a coisa danificada pode ser considerada vítima." (FERNANDES, 1995, p. 31)

A Vitimologia, no entanto, já atribui ao seu objeto de estudo outros conceitos correlatos, seguem alguns: *Vitimário*: aquele que pratica a infração penal contra vítima provocadora; *vitimização*: a ação ou efeito de alguém, grupo de pessoas ou nações vitimarem-se ou vitimarem pessoas, grupos ou povos; *Vitimidade*: o estado ou condição de ser vítima; *Vitimização*⁹: ato ou processo de vitimizar ou processo de ser vitimizado; *Vitimizar*: infringir à vítima sacrifício, morte, fraude ou destruição (SERAPOVIC, citado por FERNANDES, 1995, p.35).

Ampliando ainda mais essa conceituação vitimológica, segundo Aline Pedra (JORGE, 2002 p. 35):

⁸ O autor cita Ramirez Gonzáles, fazendo a mesma distinção.

⁹ Merece destaque a Vitimização, por ser bastante amplo e um dos principais objetos de estudo da vitimologia. Vitimização, ou o processo de vitimização, é destinado a um grupo determinado ou indeterminado de pessoas como: mulheres, crianças, judeus, penitenciários, aidéticos etc. Incluindo pessoas vítimas de fato, ou seja, destinatárias da conduta criminoso individualizada. Tal estudo tem grande importância prática, pois com base nas estatísticas acompanhadas de estudos sociais e criminológicos é que se visualiza a carência de leis para o amparo de determinado grupo de pessoas vitimizadas. Como exemplo: Lei Maria da Penha (Lei 11340/06), ECA, estatuto do Idoso etc. É com muito pesar que trata desse assunto com brevidade.

vítima não é somente a pessoa perturbada em sua paz social pela atuação de um agressor, mas também os loucos, os reclusos, os desvalidos, os egressos, os enfermos, os marginalizados, as minorias raciais. Seriam as consideradas vítimas de crime e de não-crime.

Outro conceito ainda mais abrangente de vítima, bastante criticado pela imprecisão e dificuldade de delimitação do estudo é o fornecido por Kirchhoff, denominado de teoria universal: que abrange as vítimas da natureza, da tecnologia, do meio ambiente, do trânsito e da energia cósmica. (FERNANDES,1995, p. 35-36)

Nessa teoria universal de Kirchhoff, é possível enquadrar como vítima uma pessoa que é pega desprevenida por uma chuva e sofre de hipotermia, um idoso que passa por constrangimento por não conseguir declarar seu imposto de renda pela internet (problemática da inclusão digital), um peixe do rio que morre em razão da poluição, uma árvore atingida por um raio em uma tempestade etc.

Visivelmente a vitimologia trata da vítima de forma bastante ampliativa. Pode ser proveniente de um fenômeno da natureza, de um ilícito civil, administrativo, diferente da vítima de crime que, como o próprio nome já diz, exige a conduta tipificada em norma penal substantiva.

Oportunamente, cumpre explicar que a vitimologia aborda também o estudo da "tipologia das vítimas". Tal estudo classifica as vítimas sob vários enfoques diferentes: quanto ao grau de participação no crime (inocentes, provocadoras, voluntárias e agressoras); quanto ao grau de periculosidade da vítima (que poderia em tese atenuar ou agravar a responsabilidade do ofensor); quanto à pessoa da vítima (vítima nata, e não nata).

Destaca-se que existem outras classificações da vítima, principalmente sob a perspectiva da pessoa do réu/ delinquente, por exemplo: a vítima do pedófilo (criança); da mãe que mata o filho recém-nascido no estado puerperal, infanticídio (bebê); do sonegador de impostos (estado) etc. Há até classificação que coloca o criminoso como vítima, seja por questões socioeconômicas ou por ter recebido uma pena superior à estabelecida por lei.¹⁰

Uma classificação que muito interessa para os objetivos deste trabalho é a de vitimização primária, secundária, terciária e difusa. Didaticamente, pode ser conceituada: "vitimização primária (que ocorre no momento do delito), senão

¹⁰ Como não é o objetivo desse trabalho exaurir esse ramo de estudo da vitimologia, contenta-se em abordar essas linhas gerais sobre o assunto,

sobretudo a secundária (que acontece quando ela entra em contato com o sistema)." (MOLINA & GOMES, 2010, p. 480).

Também conhecida como dupla vitimização, revitimização ou efeito revitimizador, a vitimização secundária é a consequência do contato da vítima de crime com o sistema administrativo e judiciário. Como exemplo desse efeito, pode-se citar o contato, em regra infeliz, da vítima com o sistema policial, os depoimentos em delegacia e judicialmente, exames periciais, reconstituição do crime, reconhecimento do ofensor, a ação civil *ex delicto*¹¹, e outros.

Há também o estudo da vitimização terciária, que é o contato pós-crime da vítima com seu meio ambiente de trabalho, escolar, familiar, social, em que pessoas se afastam, tecem comentários, olhares, mexericos etc.

A vitimização difusa, por sua vez, ocorre quando um ou alguns crimes repercutem nos interesses de toda uma coletividade, como, por exemplo, são os crimes contra a segurança nacional; os praticados contra o presidente da república; genocídio; e outros ligados à macrocriminalidade.

Exposto o conceito de vítima no sentido literal e vitimológico, cumpre agora conceituar a vítima juridicamente. Estuda-se o conceito jurídico sob dois enfoques: o primeiro enfoque é a Vítima em sentido lato, ou conceito ampliativo de vítima: "pessoas que, em razão da ofensa a uma norma jurídica substantiva, viessem a sofrer alguma lesão" (FERNANDES, 1995, p. 41), estariam inclusas aqui as vítimas de qualquer ramo do direito (civil, administrativo, consumidor).

O segundo enfoque do conceito jurídico de vítima, também chamado de *vítima em sentido estrito* ou *vítima de crime* ou *ofendido*, considera a lesão.

Entendida por uma ou mais pessoas lesada por uma ou mais pessoas, em razão de conduta descrita como crime, previsto em uma norma penal substantiva¹².

Dentro dessa sistemática, vítima de crime é uma espécie de vítima em sentido jurídico, que, por sua vez, é uma espécie de vítima para a vitimologia. Nesse segundo enfoque jurídico outros nomes são atribuídos à vítima para distingui-la dos demais.

O Código de Processo Penal não define o que seja vítima e utiliza expressões se referindo ao sujeito passivo: vítima, ofendido, pessoa ofendida, lesado, sem

¹¹ Esse assunto da vitimização secundária no processo de ação civil *ex delicto* será mais aprofundado no capítulo da reparação da vítima de crime.

¹² Assevera-se que não é todo crime que gera vítima, existem crimes de perigo abstrato que não geram vítimas como: disparo de arma de fogo, tráfico de drogas, uso de drogas etc.

qualquer rigor terminológico. Entretanto, "considera de boa técnica usar 'vítima' nos crimes contra a vida; lesado nos crimes contra o patrimônio; ofendido nos crimes contra a honra e os costumes." (MAYR, citado por FERNANDES, 1995, p. 53)

Feita as considerações sobre a vítima no sentido gramatical, vitimológico e jurídico, passa-se a conceituar vítima de crime especificamente. Nos itens 1, 2 e 3 da declaração sobre os Princípios Fundamentais de Justiça para as Vítimas de Delito e Abuso de Poder, conceitua-se vítima de crime e delimita sua abrangência:

1. 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.
2. Uma pessoa pode ser considerada como "vítima", no quadro da presente Declaração, quer o autor seja ou não identificado, preso, processado ou declarado culpado, e quaisquer que sejam os laços de parentesco deste com a vítima. O termo "vítima" inclui também, conforme o caso, a família próxima ou as pessoas a cargo da vítima direta e as pessoas que tenham sofrido um prejuízo ao intervirem para prestar assistência às vítimas em situação de carência ou para impedir a vitimização.
3. As disposições da presente seção aplicam-se a todos, sem distinção alguma, nomeadamente de raça, cor, sexo, idade, língua, religião, nacionalidade, opiniões políticas ou outras, crenças ou práticas culturais, situação econômica, nascimento ou situação familiar, origem étnica ou social ou capacidade física.

O mencionado conceito destaca-se pelo sentido amplo que é dado à vítima de crime, pois considera não só o destinatário da ação ou omissão, mas também sua família "e as pessoas que tenham sofrido um prejuízo ao intervirem para prestar assistência às vítimas em situação de carência ou para impedir a vitimização." (item 2. da Resolução 40/36 ONU).

Importante ressaltar que a declaração, embora tenha sido isonômica no sentido de abranger o máximo de pessoas possíveis como vítimas nos itens 2. e 3. da Declaração sobre os Princípios Fundamentais de Justiça para as Vítimas de Delito e Abuso de Poder, foi enfática quanto ao evento originário da vitimização no 1., dividindo-o em duas possibilidades:

- a) "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 (...)"

Aqui a abordagem é de forma individualizada e coletiva, estão inclusas as vítimas que tenham sofrido prejuízo à vida, patrimônio, honra etc. Veja que aqui não

há necessidade de que a conduta esteja descrita em legislação penal do estado membro, ou seja, aborda as vítimas de crime e não crime.

b) "(...) 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."

Nessa segunda parte do conceito, a declaração delimita a conduta originária à alguma disposição positivada pelo estado membro como direito fundamental. Veja que não é qualquer atentado aos direitos fundamentais, mas um atentado grave. Observa-se que também considera ações ou omissões, seguindo a lógica do conhecido conceito de crime.¹³

Expostos os vários conceitos utilizados pela Vitimologia é que se defende a separação entre a Criminologia e a Vitimologia. A criminologia, segundo Antonio Garcia-Pablos de Molina, é:

ciência empírica e interdisciplinar, que se ocupa do estudo do crime, da pessoa do infrator, da vítima e do controle social, do comportamento delitivo, e que trata de subministrar uma informação válida, contrastada, sob a gênese dinâmica e variáveis principais do crime contemplando este como problema individual e como problema social. (MOLINA & GOMES, 2010, p. 34)

Pois bem, a criminologia, como ciência ligada ao estudo do crime, utiliza o conceito de vítima de crime (conceito restritivo), e a vitimologia, o conceito de vítima (conceito extensivo). Portanto, entendemos que a criminologia é a ciência que aborda a vítima criminalmente, e, como ciência autônoma, a vitimologia aborda a vítima não só de crime, mas de todo o universo que alcança o termo, inclusive a vítima de crime¹⁴.

É importante acrescentar que a vitimologia tem uma vertente controversa estudada dentro da matéria "Tipologia das Vítimas", que utiliza da vítima para justificar crimes. Ou seja, considera a pessoa / circunstância ligada ao ofendido como o motivo da ocorrência do crime, buscando justificar a conduta criminosa praticada pelo delinquente.

¹³ Os itens 4 a 18 da declaração trata do acesso à justiça e do tratamento equitativo das vítimas de crime, que será objeto de estudo em momento oportuno, principalmente ao tratar da reparação da vítima, além de medidas administrativas para tutela da vítima de crime.

¹⁴ Em sentido contrário, Luiz Flávio Gomes (2010, p. 479) e Antônio Brestain (2000, p. 88). Importante admitir que a corrente que adota a vitimologia como ciência autônoma da criminologia é a minoritária, tanto que os atuais livros de criminologia contêm uma parte para o estudo da vitimologia.

Essa vertente não tem interesse na proteção da vítima ou seu engrandecimento científico e processual, mas, sim, seu detrimento. Como exemplo, considera-se, segundo essa perspectiva, justificável o crime de estupro devido ao fato de uma mulher usar minissaia, ou uma agressão doméstica à mulher justificável devido a aporrinhações quotidianas, ou até um homicídio cometido por policial contra um mendigo diante de um furto. Como explica a doutrina:

Então, passa-se a estudar a vítima como personagem tão importante quanto o delinqüente no fato delituoso, necessária à estrutura do delito, até mesmo como igualmente causadora, provocadora ou colaboradora da conduta criminosa. (JORGE, 2002, p. 45)

São classificações que inserem a vítima em uma proporção de menor para maior cooperação para a prática do crime conforme seu comportamento, chegando ao ponto de considerá-la como “coautora” do crime. Classifica também como vítima nata, ou não nata, aquela que já nasce propícia a ser vítima de crime.

São inúmeras as classificações dadas às vítimas de crime a sabor de cada autor, mas o objetivo comum dessas classificações é tentar excluir o dolo ou a culpabilidade do agente. Em suma, tenta-se fazer com que a vítima tenha participação no crime em favor do delinqüente. Para melhor elucidar, segue as palavras da doutrina:

Determinadas qualidades de vítimas, a especial relação entre ela e seu agressor ou certas circunstâncias explicativas de uma participação da vítima em sua própria vitimização (v.g., delito provocado imprudentemente por esta) influem na decisão judicial no sentido de reduzir (ou eliminar) a condenação do culpado (MOLINA & GOMES, 199, p. 96).

É comum nessas classificações a necessidade da vítima contribuir para o evento criminoso de forma *involuntária* e *inconsciente*. Porque, do contrário, sua conduta já se enquadraria em figuras já existentes no direito penal tornando inócua o estudo.

Aliás, registra-se que o direito penal é regido pelo princípio da legalidade estrita ou tipicidade. Assim, considerar a pessoa ou circunstância ligada à vítima sem que haja previsão legal é uma afronta e esses princípios¹⁵. Sobre a contextualização social e o caráter discriminatório da mencionada classificação segue o alerta da Vitimóloga Aline Pedra (JORGE, 2002, p. 48-49):

¹⁵ Um exemplo existente que o próprio código considera a vítima para fins penais é o previsto no artigo 121 §1, homicídio privilegiado, quando há injusta provocação da vítima a pena é reduzida.

A Vitimologia, quando classifica suas vítimas em inocentes, provocadoras ou voluntárias e agressoras, tem um esqueleto discriminatório que não protege vítimas de qualquer crime, fazendo com que a sociedade pré-seleccione aquelas que pretende apoiar ou não. As vítimas deveriam ser classificadas quanto a sua vulnerabilidade de se tornarem vítimas, não quanto a sua conduta na execução do crime. Deveriam ser classificadas quanto ao sexo, idade, cor, classe social ou qualquer espécie de diferença que as tornassem passíveis de serem vitimizadas, o que não as discriminaria. Com base nestes dados, poderíamos tentar maneiras de se diminuir as vitimizações, e não incentivar a prática delitiva, principalmente contra a mulher, através de uma classificação que não tem outra finalidade senão prejudicar a própria vítima.

Essa linha doutrinária é bastante criticada por grupos feministas e humanistas porque atribui fração de culpa (ou a integralidade) à vítima quando ela deveria ser protegida e tratada como detentora de direitos. São estudos que afrontam os interesses do vulnerável, bem como é complacente com a prática de crimes.¹⁶

Assim, será objeto de estudo da presente monografia nos próximos capítulos a vítima de crime, entendendo-a como uma pessoa lesada diante da infringência de uma norma penal positivada, uma pessoa que merece de respeito, direitos e deveres, uma pessoa que tem voz.

Feitas as considerações conceituais necessárias aos objetivos da monografia, importante, a seguir, adentrar nos dois principais anseios modernos da vitimimologia marcados pelo Redescobrimto da Vítima, a comunicação entre o sistema e o vitimizado (cap. 2) e a reparação (cap.3).

¹⁶ Posiciono-me contra essa vertente da vitimologia que atribui a responsabilidade dos crimes à vítima isentando o ofensor de culpa ou dolo, uma vez que não é o objetivo da ciência denegrir a figura da vítima ou etiquetá-la, além de incentivar a prática criminosa. O correto é protegê-la, pois é a parte mais fraca da relação criminal. Entretanto, não há como negar que em determinada situação a vítima pode sim contribuir para prática de crime, e se a participação for relevante, o juiz no caso concreto deve considerar na aplicação da pena, se houver permissão legal, ou, em uma hipótese muito específica, aplicar atenuante genérica do artigo 66 do Código Penal.

2 O PROCESSO PENAL BRASILEIRO SOB A ÓTICA DAS VÍTIMAS DE CRIME

2.1 Considerações preliminares

As vítimas de crime no Brasil podem atuar no processo penal de várias formas. Todas as vezes em que são chamadas para participar da persecução penal pela polícia ou pelo judiciário é com objetivo de angariar provas para o julgamento do acusado, nunca em benefício próprio.

Ademais, como será visto, sempre que a vítima de delito quiser buscar seus direitos, além de ter que tomar iniciativa, deve ter gastos com transporte, processo, advogado e, por vezes, reviver o fato criminoso (vitimização secundária).

Importante lembrar que o Código de Processo Penal (CPP) e o Código Penal (CP) foram criados no início do século XX, resgatando teorias e fundamentos em estudos feitos no século XIX e anteriores, época do esquecimento da vítima. Ambos (CP e CPP) tiveram mudanças pontuais, entretanto insuficientes para amparar os anseios modernos da pessoa vitimizada, por isso, a legislação é passível de muitas críticas e também de acertos com relação à vítima de delito, como será visto.

Impossível exaurir todas as observações e críticas a respeito do ofendido em cada instituto processual. Lembrando que foge dos objetivos da presente monografia abordar todas as críticas processuais feitas a favor e contra o ofendido inserido no sistema processual penal, uma vez que o objetivo é analisar a comunicação entre o sistema penal e o ofendido como anseio da vitimologia moderna, diante do momento do redescobrimento da vítima.

Sob a ótica da vítima, os seus maiores interesses no processo penal são a reparação do dano e a punição do ofensor, sendo este último seu objetivo secundário, em regra. Óbvio que o ofendido como ser humano poderá ter outros interesses a depender de cada caso, entretanto o que é possível presumir é seu interesse na reparação.

Com efeito, para adentrar no estudo do ofendido, visto como sujeito de direitos amparado pelos direitos humanos, parte-se do pressuposto que houve lesão significativa ao bem jurídico tutelado, e busca-se com o processo o retorno ao *status quo*.

Crítica que deve ser mencionada neste introito é que, embora a vítima seja considerada sujeito passivo do processo, ela não compõe o processo como parte.

São partes do processo penal: o órgão acusador representado, em regra, pelo Ministério Público titular da ação penal pública e o acusado, sujeito ativo. O Juiz representa o estado no âmbito do poder judiciário, considerado sujeito do processo, e não parte (NUCCI, 2006, p.533).

Segundo a doutrina, o ofendido é considerado sujeito, parte secundária ou acessória ao processo, quando ingressa como assistente de acusação (art. 268 CPP), caso em que pode intervir no pleito e deduzir pretensões.

Poderá ser também considerado terceiro:

são todas as pessoas que nele intervêm e cooperam para o desenvolvimento da relação jurídico - processual sem se converterem em sujeitos ou partes, ou em órgãos auxiliares dos mesmos. Não lhes interessa a relação processual, que se desenvolve independentemente de seu concurso, tanto principal como acessório. De algum modo podem estar interessados na relação de direito material ou não serem estranhos a ela. Em regra trazem ao processo elementos probatórios. (MARQUES, Frederico citado por NUCCI, 2006, p. 534)

A doutrina ainda subdivide o sujeito passivo e o sujeito prejudicado. Aquele, como dito, é o ofendido, a vítima do crime, o lesado e todos aqueles destinatários da conduta delituosa; os sujeitos prejudicados são todos os demais que sofreram com a conduta delituosa, mas que não foram destinatários diretos do crime.

Em regra, o sujeito passivo é o próprio sujeito prejudicado, mas podem figurar como pessoas diversas, por exemplo: na condução de um veículo pelo filho do proprietário, ele sofre um acidente de trânsito provocado por terceiros, o proprietário, nesse caso, é o sujeito prejudicado porque terá que pagar o tratamento médico de seu filho e o conserto do carro, embora o filho seja o sujeito passivo; outro exemplo são os parentes e o cônjuge do sujeito passivo do crime de homicídio consumado, que sofrerão com o luto e despesas funerárias (sujeitos prejudicados).

Tal distinção é muito importante para fins de ação penal pública condicionada à representação, ação penal privada e reparação do dano causado em decorrência do crime, temas que ainda serão abordados, pois há casos em que o próprio sujeito passivo é incapaz ou não mais exista, oportunidade em que habilitam-se os sujeitos prejudicados¹⁷.

¹⁷ O próprio código de processo penal tem previsão taxativa de quem são os representantes, como no caso do art. 24, §1º, art. 31 para ação penal e representação. No caso de Reparação civil, o art. 63 do CPP dispõe que deve ser "representantes", abrangendo nesse caso quem se habilitar, ou seja, os sujeitos prejudicados, respeitando é claro as regras de legitimidade ativa do processo civil.

2.2 As espécies de ação penal sob a ótica das vítimas de delito

Quanto a ação penal, a regra no Brasil é a ação penal pública incondicionada, que tem como peça inaugural a denúncia e seu titular é o Ministério Público. Essa ação é regida pelos princípios da obrigatoriedade, indisponibilidade, oficialidade, divisibilidade e intranscendência.

Nessa modalidade de ação penal, a vítima do crime (ou ofendido) não tem qualquer participação no início, no trâmite ou no julgamento¹⁸. O poder punitivo é do estado e dele obrigatoriamente não se abre mão, independente do desejo da vítima.

Nessa forma de ação penal, a vítima pode ser o objeto material da conduta criminosa, ou meio de prova, apenas tem relevância para contribuir para o desfecho do processo. O tratamento é como objeto, terceiro, sujeito, depoente, prova, alguém que deve contribuir sob pena de crime de desobediência, passível de condução coercitiva, inquirida quantas vezes for necessário ao processo, salvo quando estiver morta, que daí sua utilidade é menor.

Por outro lado, o ofendido (art. 30, 1º parte do CPP), ou quem tenha qualidade de representá-lo (art. 30, 2º parte), é titular da ação penal privada, que tem como princípios: oportunidade, disponibilidade, indivisibilidade, intranscendência.

Como já mencionado, a ação penal privada depende de manifestação da vítima perante o judiciário por meio de queixa-crime oferecida por advogado constituído ou defensoria pública. O problema reside em relação aos ofendidos de baixa renda, que não tem o conhecimento desse instrumento e nem condições de contratar advogado particular para a propositura e acompanhamento da ação.

Ainda não há no Brasil solução para esse problema, que causa injustiça, impunidade e desamparo às pessoas que, nesse caso, são hipervulneráveis ou duplamente vulneráveis – vítimas de crime e hipossuficientes. Corroborando desse mesmo entendimento segue as palavras da doutrina especializada:

importante é buscar alternativas que, mantido o direito de a vítima acusar, dotem o sistema de instrumentos capazes de tornar efetivo esse direito para as vítimas pobre, criando-se e organizando eficiente serviço de assistência judiciária ou, na falta, aproveitando-se da estrutura e especialização do ministério público." (FERNANDES, 1995, p. 87)

¹⁸ Exceto como meio de prova, prova, ou nos casos de assistência à acusação, como visto.

Ação penal privada é exceção no sistema processual penal brasileiro¹⁹, poucos são os crimes que exigem essa forma de ação penal. Apenas para constar, a doutrina subdivide ainda em ação penal privada personalíssima, em que só a pessoa do ofendido tem legitimidade de propor ação penal (excluindo os representantes), atualmente só é cabível no crime de Induzimento a Erro Essencial previsto no artigo 236 do CP.

Ocorre também participação do ofendido na ação penal privada subsidiária da pública decorrente da inércia do Ministério Público, circunstância que legitima o ofendido a propor queixa-crime subsidiária nos termos da Constituição Federal (CF), artigo 5º, LIX, e artigo 100, §3, do CP, e 29 do CPP.

Essa oportunidade subsidiária do ofendido é verdadeiro controle da atuação do Ministério Público sobre o inquérito. Uma vez passado o prazo para oferecimento da denúncia, e não transcorrido o prazo decadencial de seis meses, poderá o ofendido oferecer queixa-crime subsidiária, independentemente da existência de inquérito policial, sem que o Ministério Público (MP) participe do processo com aditamentos e pareceres, e na inércia do querelante sub-roga no direito de prosseguir com a ação.

A discussão em torno dessa ação subsidiária é nos casos em que o ministério público pede o arquivamento do inquérito policial, quando atualmente não subsiste o direito do ofendido ingressar com ação penal privada subsidiária.

Outrora existiu um projeto de lei com a finalidade de ampliar as hipóteses de cabimento da ação penal privada subsidiária da pública, estendendo-a para os casos de pedido de arquivamento do inquérito policial, feito pelo Ministério Público. Justificava o autor do projeto que o Estado não pode ser substitutivo da vontade de quem sentiu pessoalmente a ação criminosa, devendo-se oportunizar a vítima, caso o Ministério Público não entenda haver base legal para a denúncia, a possibilidade de obter um provimento jurisdicional acerca de seu pedido (JORGE, 2004, p. 78).

É posição mais favorável ao ofendido a que defende uma alteração legislativa no sentido de que subsista o direito de propor ação penal subsidiária da pública, ainda quando o MP tenha promovido o arquivamento do inquérito policial por qualquer que seja o motivo.

Não se pode presumir que o ofendido não possua condições ou interesses em propor ação penal só porque o MP não tenha, devendo a lei oportunizá-lo. Se o

¹⁹Na prática forense, a ação privada é comum nos crimes contra a honra, previstos no Código Penal nos artigos 138 a 145, os demais crimes que exigem queixa são raríssimos.

direito da queixa subsidiária passa a existir com a inércia do MP, por que não passaria diante da manifestação expressa do desinteresse?

Só para reforçar, esse entendimento não fere qualquer direito fundamental do investigado, consagra-se do princípio do *in dubio pro victimae* e se compatibiliza com a devida interpretação constitucional teleológica do artigo 5º, LIX: "será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal". Em sentido contrário é o posicionamento de Afrânio Jardim, citado por Alline Pedra (JORGE, 2002, p. 79):

[...] após o pedido de arquivamento do *parquet*, seria inviável a ação penal ser promovida pela vítima. Inicialmente, se a ação foi arquivada, é porque o Poder Judiciário concordou com o pedido. Então, quem seria competente para julgar aquilo que o ofendido pleiteasse, o mesmo juiz que determinou o arquivamento? E ainda, o Ministério Público funcionaria obrigatoriamente como *custos legis* no mesmo processo em que foi contra a impetração? Juridicamente, é um contra-senso [...]

Tipo de ação penal digna de elogios é a penal pública condicionada à representação (ou *querella*), uma vez que exige manifestação expressa ou tácita do ofendido como condição de procedibilidade para a ação penal. A representação é um direito subjetivo individual do ofendido.

Os crimes condicionados à representação vêm ganhando espaço no nosso sistema processual penal. Destaca-se a Lei 12.015/2009 que incluiu como dependente de representação a ação penal nos crimes contra dignidade sexual, conforme artigo 225 do CP.

A tendência é a ampliação do rol de crimes cuja ação penal seja condicionada à representação, primeiramente porque considera a vítima como uma pessoa que tem direitos e poderes para determinar se o estado deve ou não processar seu ofensor. E segundo, porque deixa de haver a presunção do estado de que houve lesão à vítima, exigindo que ela represente.²⁰

Importante mencionar que, de acordo com o artigo 25 do CPP²¹, só é possível a retratação da representação antes de oferecida a denúncia, sendo possível ainda

²⁰ Importante registrar que há crimes em que não se pode deixar que a vítima se manifeste diante do grau de lesividade da conduta ou da natureza do delito. Dependendo do bem jurídico violado, não há como exigir do ofendido que ele faça uma representação para dar início à ação penal. Por exemplo, crimes contra a administração pública e contra a ordem tributária, envolvendo drogas, todos os crimes que não há vítimas, ou que a vítima seja menor ou não mais exista. São exemplos de crimes que não há como exigir representação. Diferente dos crimes patrimoniais ou de lesão leve/média contra a pessoa e muitos outros, que podem exigir representação sem que prejudique o ofendido ou o acusado, evoluindo a dinâmica processual penal sob a ótica da vítima.

²¹ : Artigo 25 do CPP: A representação será irretroatável, depois de oferecida a denúncia

a retratação da retratação desde que não ultrapasse o prazo decadencial de seis meses e o Ministério Público não tenha oferecido denúncia.

Diante desse controle mitigado da ação penal conferido ao ofendido por esse artigo, duas observações devem ser feitas: a primeira é que a ação penal se inicia com o recebimento da denúncia pelo juiz, e não pelo oferecimento dela pelo MP (dois momentos distintos), logo o prazo final para a representação deveria ser o recebimento, e não o oferecimento da denúncia.

A segunda consideração pertinente sobre o artigo 25, é justamente o impedimento do direito do ofendido em dispor da ação penal após o oferecimento da denúncia, contrariando a própria natureza da representação. Se a persecução penal deve se iniciar mediante representação, evidentemente é porque o estado está tutelando os interesses do ofendido, não há razão para impedir que o ofendido delibere sobre o fim da ação penal ou sua suspensão do processo, por exemplo.

Mais favorável ao ofendido seria a alteração do artigo 25 do CPP devido à obstrução do direito subjetivo e individual do ofendido sobre a ação penal pública condicionada. Devendo o controle da persecução ser amplo, pelo menos até a publicação da sentença ou trânsito em julgado, não se limitado ao oferecimento da denúncia.

Exemplo dessa orientação é o controle do ofendido sobre ação penal pública condicionada à representação adotada no §158, parte segunda da Ordenação Processual Penal Alemã de 1961, em que pode haver a retratação da representação até a publicação da sentença (FERNANDES, 1995, p.101).

2.3 Assistência de acusação: em busca de interesses

Existe a possibilidade do ofendido figurar como assistente de acusação na ação penal pública incondicionada, conforme o artigo 268 do CPP. Nessa hipótese, ela terá poderes para "propor meios de prova, requerer perguntas às testemunhas, aditar o libelo e os articulados, participar do debate oral e arrazoar os recursos interpostos pelo Ministério Público, ou por ele próprio, nos casos dos arts. 584, § 1º, e 598", conforme artigo 271 do mesmo código.

O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento no sentido de que o rol de poderes do citado 271 do CPP é taxativo, conforme se observa no julgado:

CRIMINAL. RECURSO ESPECIAL. CORREIÇÃO PARCIAL. ASSISTENTE DA ACUSAÇÃO. ILEGITIMIDADE. RECURSO PROVIDO.

I. O rol do art. 271 do CPP é taxativo, de forma que o assistente da acusação exerce os poderes estritamente dentro dos limites conferidos por este dispositivo legal.

II. Os poderes para interpor e arrazoar os recursos restringem-se aos previstos nos dispositivos legais referidos na Lei Adjetiva Penal, quais sejam, recurso em sentido estrito e recurso de apelação, de maneira que a correção parcial encontra-se fora de suas atribuições legais.

III. Ilegitimidade do assistente da acusação para interposição de correção parcial.

IV. Recurso provido, nos termos do voto do Relator.

(REsp 604.379/SP, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 02/02/2006, DJ 06/03/2006, p. 428)

Entendimento que merece algumas considerações. É necessário a conciliação dos princípios penais com os de direito processual penal (verdade real), sem esquecer dos direitos fundamentais do ofendido (*in dubio pro vítima*). Na ponderação, é razoável que, na qualidade de assistente da acusação, o ofendido deva ter plena atuação processual, entendimento contrário inibe ainda mais os direitos do ofendido no processo penal.

O assistente não pode ficar adstrito ao rol de poderes do artigo 271 do CPP, pois ele visa ampliar os poderes do ofendido, e não diminuir os do acusado. Destarte, a interpretação deve ser extensiva a considerar os poderes previstos no artigo 271 do CPP apenas exemplos, podendo haver outros.

Lembrando que a atuação do assistente de acusação visa: produzir provas, buscar uma resposta plena do judiciário, buscar a reparação do dano, a verdade real, entre outras a depender do caso. Razões que devem ser consideradas para que o rol do artigo 271 do CPP seja exemplificativo, contribuindo para maior comunicação entre o vitimizado e o sistema penal.

O papel do assistente é importante para a sua própria reparação civil. Predomina na doutrina que o principal interesse do assistente é perseguir a condenação do réu, que sirva de título executivo judicial para ser deduzido no cível, em ação civil *ex delicto*.

Importante destacar, que o ofendido como assistente de acusação passa a ser parte no processo penal, e adquire direito de intervir no processo. É o meio pelo qual o ofendido pode resguardar e perseguir outros interesses a depender do caso concreto, a respeito desses interesses explica Antônio Scarance:

Não se cuida de mero interesse de fato ou moral. Nem se trata de interesse igual ao de qualquer cidadão. Tem o ofendido interesses próprios que pode legitimamente defender ou resguardar: quer a aplicação contra quem, ao

praticar o crime, atingiu bem jurídico seu protegido pela norma repressiva [...] em certos casos está preocupada em assegurar a sua própria segurança pessoal ameaçada pelo autor do crime; em outros, quer evitar o perigo de uma acusação posterior por denúncia caluniosa, sabendo-se que, na grande maioria das vezes, é ela quem comunica o fato à polícia. Mas, a vítima atua também como membro e representante da comunidade, tendo este interesse jurídico em participar do processo porque a ação criminosa deve ser reprimida para maior tranquilidade social; assim, estará a comunidade, através do ofendido, colaborando com o órgão oficial da acusação, superando suas falhas e influenciando na solução da causa. (FERNANDES, 1995, p.126)

Ademais, observa-se que a lei processual não prevê a possibilidade do ofendido figurar como assistente de defesa, mas só de acusação. Pode ocorrer da ação penal pública perseguir a punição do réu contra o desejo do ofendido (princípio da obrigatoriedade). Nesses casos, a vítima não pode ser assistente de defesa por falta de previsão legal.

Por fim, registra-se que a Lei 11689/08 ampliou os poderes do assistente de acusação no procedimento do tribunal do júri, concedendo-lhe direito autônomo do Ministério Público de alegações orais, prazos para se manifestar e outros. Com certeza um avanço resultado da fase do redescobrimento da vítima de crime como sujeito de direitos, ampliando a possibilidade de comunicação entre o sistema penal e o ofendido.

2.4 As vítimas de delito e a produção de prova na persecução penal: problemas

Quando o objetivo é produzir provas o ofendido tem várias atuações: como depoente no inquérito policial (art. 6º, IV) e no judiciário (artigo 201 do CPP), ao fazer o reconhecimento de pessoas e coisas (art. 226 a 228 do CPP), pode ser o objeto do exame de corpo de delito e outras perícias (art. 158 a 184 CPP), acareações, e outras. São provas cujo objetivo é influenciar no julgamento do acusado. Nada a favor do ofendido, nada.

Na etapa probatória, a vítima é tratada como objeto, às vezes de forma até agressiva pela polícia e pelo judiciário (vitimização secundária). Aliás, grande problema reside no contato da vítima de crime com o sistema policial, sobre o assunto segue as observações sinceras da doutrina:

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 a decepção. Não há funcionários suficientes e preparados. Não há veículos disponíveis para diligência 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 sexuais. Deve prestar declarações desagradáveis. Se o fato é rumoroso, há grande publicidade em torno dela, sendo fotografada, inquirida, analisada em sua vida anterior. As atenções maiores são voltadas para o réu. Isso gera o fenômeno que os estudos recentes tem chamado de vitimização secundária do ofendido. (FERNANDES, 1995, p. 69)

O sistema policial trata a vítima de forma indiferente, desrespeitosa, e não a considera conforme a lesão que sofreu. Sua palavra é questionada, por vezes é tratada como se criminoso fosse. A promessa é sempre uma mescla entre lamentação superficial pelo que ocorreu e explicações insípidas sobre as limitações da segurança pública.

Esse contato da vítima com o sistema policial é uma verdadeira ofensa aos direitos humanos, não só em razão da mácula à dignidade da pessoa humana, mas também porque esse direito ao tratamento adequado consta na Declaração sobre os Princípios Fundamentais de Justiça para as Vítimas de Delito e Abuso de Poder, Resolução 40/36 da ONU, que dispõe o seguinte nos itens 16 e 17:

16. O pessoal dos serviços de polícia, de justiça e de saúde, tal como o dos serviços sociais e o de outros serviços interessados deve receber uma formação que o sensibilize para as necessidades das vítimas, bem como instruções que garantam uma ajuda pronta e adequada às vítimas.
17. Quando sejam prestados serviços e ajuda às vítimas, deve ser dispensada atenção às que tenham necessidades especiais em razão da natureza do prejuízo sofrido ou de fatores tais como os referidos no parágrafo 3, supra.

Em que pese a lamentável realidade da *praxis*, por outro lado, existem leis que protegem a vítima, todas influenciadas pela vitimologia e por essa nova fase de redescobrimto da vítima: i) a Lei nº 9.249/95 institui a possibilidade de extinção da punibilidade em razão da reparação do dano em determinados crimes econômicos; ii) o Código de Trânsito Brasileiro, Lei 9.503/97, que prevê a possibilidade de multa reparatória ao ofendido; iii) Lei 9605/98 que também estimula a reparação do dano na forma de prestação pecuniária; iv) Código Penal alterado em seus artigos 43 a 46 pela Lei 9714/98 que criou a possibilidade de prestação pecuniária; v) a Lei 9.8007/99, lei de proteção a vítimas e testemunhas; vi) a Lei 11.340, Lei Maria da Penha; e vii) mais recentemente, o Decreto nº 7.958/13 que estabelece diretrizes

para o atendimento às vítimas de violência sexual pelos profissionais de segurança pública e da rede de atendimento do Sistema Único de Saúde.

Tais leis dispõem de estruturas, institutos, mecanismos processuais, centros de amparo às vítimas de crime, cada um com suas respectivas características, entretanto carecem de efetividade por inúmeros motivos: falta de estrutura e recursos, profissionais habilitados, sendo o maior motivo a falta de vontade política.

Não se questionam as mencionadas leis, porque o Estado para atuar precisa do comando legal, questionável é exatamente a efetividade dos comandos e dos direitos fundamentais, assunto que permite grande aprofundamento que foge aos objetivos desta monografia.

Outro assunto que envolve o ofendido como meio de prova é o valor probatório de seu depoimento:

Não se pode dar o mesmo valor à palavra da vítima, que se costuma conferir ao depoimento do de uma testemunha, esta presumidamente, imparcial [...] a vítima é pessoa diretamente envolvida pela prática do crime, pois algum bem ou interesse seu foi violado, razão pela qual pode estar coberta por emoções perturbadoras do seu processo psíquico, levando-a à ira, ao medo, à mentira, ao erro, às ilusões de percepção, ao desejo de vingança, à esperança de obter vantagens econômicas [...] (NUCCI, 2006, p. 437)

Conforme Guilherme de Souza Nucci, portanto, a vítima não é inquirida com bons olhos pelo judiciário, devendo o seu depoimento ser balizado com outras provas dos autos para se chegar a um desfecho condenatório; se não houver outras provas, a orientação legal e jurisprudencial é a absolvição (art. 386, VII).

Essa regra encontra exceção nos crimes sexuais, que a palavra da vítima é considerada de grande valor probatório, como demonstra o julgado:

ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR - VIOLÊNCIA PRESUMIDA - VÍTIMA COM APENAS DEZ ANOS DE IDADE - PROVAS CONVERGENTES E INDIVIDUAIS QUANTO À CONDENAÇÃO - DEPOIMENTOS DA OFENDIDA RESPALDADOS PELOS DEMAIS ELEMENTOS PROBATÓRIOS DOS AUTOS - INEXISTÊNCIA DE LAUDO PERICIAL - IRRELEVÂNCIA - DESCLASSIFICAÇÃO PARA A CONTRAÇÃO PENAL DE PERTURBAÇÃO DA TRANQUILIDADE - IMPOSSIBILIDADE - PROVA INEQUÍVOCA DA PRÁTICA DE ATOS LIBIDINOSOS COM INTUITO DE SATISFAZER SUA CONCUPISCÊNCIA - [...]

1. Nos crimes sexuais, geralmente cometidos às ocultas, a palavra da vítima possui relevante valor probante, mormente se em harmonia com o restante do conteúdo dos autos.

2. A materialidade do crime de atentado violento ao pudor, já que raramente deixa vestígios, não necessita estar configurada em laudo pericial, mormente quando a firme e coerente palavra da vítima, em conjunto com as demais provas demonstram a ocorrência do delito.

3. Impossível a desclassificação para a contravenção penal de perturbação da tranqüilidade (art. 65, LCP) quando há a certeza que réu praticou atos libidinosos com o intuito de satisfazer sua concupiscência.[...] (TJ-PR - Apelação crime: ACR 4078068 PR0407806-8, Relator: Marcus Vinícius de Lacerda Costa, 5º Câmara Criminal Julgamento 16/08/2007, DJ:7441, grifo nosso)

Questão polêmica reside se, diante da recusa da vítima intimada a prestar depoimento em juízo, é possível determinar sua condução coercitiva? A Lei processual prevê essa possibilidade no artigo 201, §1. Entretanto, a depender do caso, tal medida pode acarretar grande prejuízo social, moral e psicológico, por isso deve ser analisado com minuciosa cautela. De toda sorte, é amplamente admitido, "está na lei".

Importante registrar a posição de Fernando da Costa Tourinho Filho (2010, p. 595) que leciona no sentido de que o §1 do artigo 201 menciona "autoridade" em sentido amplo, abrangendo a autoridade judiciária e policial como sendo competente para determinar a condução coercitiva.

Embora existam julgados antigos no sentido da responsabilização criminal do ofendido por crime de desobediência, hoje é pacífico na doutrina e jurisprudência que não é possível tal imputação.

Ademais, importante registrar que são exatamente esses procedimentos que utilizam as vítimas de crime como meio de prova (ou prova) que provocam os desgastes físico, moral e psicológico do efeito sobrevitimizador do sistema penal (vitimização secundária).

Vários são os debates vitimológicos referentes à participação da vítima de crime na persecução penal, porque, de fato, ocorrem verdadeiras barbaridades. Existem muitos estudos envolvendo crianças e adolescentes, mulheres vítimas de violência doméstica e familiar, idosos, silvícolas como vítimas de crimes, que o sistema penal não os considera conforme suas qualidades, expondo-os sobremaneira.

A consequência da falta de cuidados com a pessoa ofendida é a transformação do sistema penal em outro algoz, que age após o sujeito ativo do delito. O sistema deveria ser o refúgio e segurança da pessoa vitimizada, mas, na prática, acaba sendo o sujeito ativo da vitimização secundária, agindo sob os pretextos da "verdade real", "produção de provas", "segurança pública", "justiça criminal", "paz social" e outros; transformando, na prática, esses termos em verdadeiras ironias.

Ainda sobre a exposição do ofendido, cabe fazer um paralelo com a teoria do etiquetamento. Trata-se do processo de criminalização com o objetivo de discriminação social. Elege-se determinado estereótipo (por exemplo, o negro morador de rua, ou ex-presidiário) e propala-se por meio de agentes morais (mídia, redes sociais, igrejas) que aquela qualidade de pessoa é potencialmente criminosa, causando prejuízo social (exclusão social), psicológico e econômico aos etiquetados.

Com relação à vítima, isso também ocorre, e suas consequências são graves. Ilustrativamente, imagine uma menina criança, moradora de uma cidade do interior que tem suas imagens nua ou envolvida em cenas de sexo espalhadas nas redes sociais, como será sua relação social? Certamente etiquetada.

Outro exemplo é uma mulher que trabalha, tem namorado, vida social normal e acaba sendo vítima de estupro com a imagem do seu rosto divulgada em programas de televisão sensacionalistas. Certamente sua vida não será como antes, podendo sofrer preconceito. Etiquetada.

A vitimologia chama esse evento do etiquetamento causado à vítima de vitimização terciária, quando a pessoa vitimizada retorna ao seu meio social. Ou seja, depois do crime e depois do contato com o sistema penal, na maioria das vezes causado por este último, que permite sua exposição.

A solução para essa forma de discriminação é a solidariedade, a educação, a cultura e a consciência social, políticas públicas e uma avançada legislação que protege a vítima de crime, que no Brasil vai exigir anos de evolução para existir.

2.5 Evoluções do processo penal brasileiro decorrentes da redescoberta das vítimas de crime e a Resolução 40/36 da ONU²²

Como visto no primeiro capítulo, a vítima de crime está sendo redescoberta dentro do sistema penal, uma vez que esteve no esquecimento durante longo período, inclusive quando da criação do código penal e de processo penal. Deste modo, o cenário mudou, e o código não. Salvo em alguns pontos que serão agora destacados.

²² Um dos assuntos mais importantes no que tange a redescoberta da vítima no Brasil é o estudo da Lei 9099/95. A importância dessa lei destaca-se na reparação do dano que será estudado no capítulo seguinte, momento em que será também discutida a mencionada Lei dos juizados especiais criminais.

Os efeitos dessa nova fase de redescoberta são notados principalmente por novas leis e reformas no CPP que se preocupam com a vítima de crime, principalmente com sua reparação diante do dano sofrido e da sua integridade física e moral.

Primeiramente, registra-se a preocupação constitucional com a assistência aos herdeiros e dependentes carentes das vítima de crime doloso, os chamados pela doutrina de sujeitos prejudicados (que a Resolução 40/34 da ONU os considera como vítima) que o constituinte fez constar como dever do Estado, no artigo 245: “a lei disporá sobre as hipóteses e condições em que o Poder Público dará assistência aos herdeiros e dependentes carentes de pessoas vitimadas por crime doloso, sem prejuízo da responsabilidade civil do autor do ilícito”

Entretanto, essa norma constitucional ainda não goza de efetividade porque está condicionada à criação de uma norma infraconstitucional que a regulamente, que, de toda sorte, ainda não existe, em que pese a Constituição Federal tenha completado 25 anos em 2013.

Digna de aplausos foi a modificação trazida pela lei 11.690/2008 que ampliou de forma significativa os direitos do ofendido nos parágrafos §§ 2º, 3º, 4º e 5º do artigo 201 do Código de processo penal:

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

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

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

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

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

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

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

Esse artigo claramente teve influência direta da Declaração sobre os Princípios Fundamentais de Justiça para as Vítimas de Delito e Abuso de Poder, Resolução 40/34 da ONU, já estudada no capítulo 1. E, além disso, trata exatamente

do contato do sistema penal com o ofendido, por isso é assunto da maior importância aos objetivos desta monografia, razão pela qual passa-se a estudar cada parágrafo individualizadamente.

O *caput* do artigo 201 do CPP trata do depoimento do ofendido e o §1 da condução coercitiva, ambos assuntos já abordados neste capítulo.

O §2 e §3 tratam o dever do órgão criminal de, incumbido da tramitação processual, comunicar ao ofendido os atos processuais referentes: i) ao ingresso e à saída do acusado da prisão (ex: prisão preventiva, prisão em flagrante, liberdade provisória, concessão de habeas corpus); ii) designação de ata de audiência (ex: toda e qualquer audiência relacionada ao respectivo processo, inclusive a realizada em juízo deprecado); iii) à sentença e aos respectivos acórdãos que a mantenham ou modifiquem (sentença, acórdãos dos tribunais estaduais e superiores, inclusive de ação rescisória e mediadas cautelares, sendo desnecessário o trânsito em julgado).

Os mencionados parágrafos (§§2º e 3º) buscam tutelar a integridade física e moral e a segurança do ofendido, garantindo-lhe informações do seu interesse. Pois, dependendo do delito, remanesce estreita relação entre o ofendido e o ofensor. Tais comunicados servem para que a vítima saiba onde está o ofensor (preso ou solto) e como anda o processo, sem que haja necessidade de ir até o fórum ou contratar um advogado.

Como visto no Capítulo 1 desta monografia, a vitimologia moderna tem como proposta maior comunicação entre o sistema penal e as vítimas (sistema mais comunicativo), e esses dispositivos em comento surgem para tutelar exatamente essa comunicação que não existia.

Esse dispositivo, embora insuficiente²³, concede direitos ao ofendido que devem ser interpretados de forma ampla a abranger a fase de inquérito processual (ou fase pré-processual) e na execução da penal privativa de liberdade, bem como todos os procedimentos especiais, inclusive dos juizados especiais, ações penais originárias nos tribunais superiores e no Supremo Tribunal Federal.

Em sentido contrário, segue a opinião do Promotor de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e doutrinador Noberto Avena (2012, p.549):

considerando que o dispositivo refere-se a 'acusado', e não a 'investigado' ou 'indiciado', infere-se que a necessidade de comunicação inexistente em

²³ A justificativa da insuficiência consta no próximo tópico da monografia.

relação a medidas de segregação ou liberação provisória que ocorram na fase anterior ao recebimento da denúncia e da queixa-crime; e também, não alcança o momento da execução da pena privativa de liberdade

Como dito, o dispositivo em comento teve clara influência da Resolução 40/34 ONU²⁴, que o seu item 6, "a" e "b", dispõe da seguinte forma:

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

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

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

O §4 do artigo 201 também visa proteger a integridade física e moral do ofendido, assegurando-lhe uma sala reservada no fórum, a fim de o deixar resguardado da presença do ofensor, com fito de prevenir intimidação e até agressão.

Esse "espaço reservado" pode ser qualquer espaço dentro do fórum que seja distinto do que se encontra o ofensor, podendo ser a própria sala de audiência, desde que o ofensor não esteja presente, obviamente.

Veja que o dispositivo prevê a possibilidade da realização do depoimento do ofendido nesse "espaço reservado", ao dispor da possibilidade "antes do início da audiência e durante ela". Tal separação deve ocorrer sempre que houver pedido do ofendido, do seu advogado, do Ministério Público, do réu, do assistente de acusação, da autoridade policial e de ofício pelo juiz havendo necessidade.

Importante constar que esse dispositivo também foi inspirado no item 6, letra "d" da Resolução da ONU 40/36 que declara:

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

O artigo 201, §5, também exalta o ofendido humanizado, estabelecendo que, se for o caso, deverá ser encaminhado a tratamento multidisciplinar as custas do

²⁴ Sobre a comunicação do sistema penal com a vítima de crime, vide item 2.4

estado²⁵. Trata-se de tratamento médico, psicológico, social, jurídico, e qualquer outro a depender do caso, buscando a reparação.

Há crimes que causam máculas e sequelas graves na pessoa da vítima. Sequestros, cárcere privado, estupro, tortura são exemplos de fácil visualização de crimes que dilapidam física e moralmente a vítima. A situação se agrava quando se pensa em crime praticado contra criança, deficiente físico e mental, enfim. Tal tratamento é basilar, é o mínimo que deve ser assegurado pelo estado. A Legislação, ao invés de aplausos nesse ponto, merece críticas por ter demorado tanto (2008) para tutelar a dignidade da vítima e dispor sobre o que é obvio.

Extraí-se do dispositivo que o tratamento será custeado pelo Estado, não havendo equívoco em afirmar que tais custas poderão ser repassadas ao condenado após o trânsito em julgado, pois, como será estudado no capítulo seguinte, a reparação do ofendido deve abranger todas as consequências causadas pelo delito.

²⁵ A Secretaria de Estado de Justiça, Direitos Humanos e Cidadania do Governo do Distrito Federal criou em 2009 a Subsecretaria de Proteção às Vítimas de Violência, chamada de programa Pró-vítima, que visa atender a assistência multidisciplinar de que trata o artigo 201, §5, do CPP. Um exemplo que deve ser seguido por todas as cidades da federação. O programa tem como objetivos:

- Oferecer assistência multidisciplinar nas áreas psicossocial e jurídica a vítimas de crimes violentos;
- Assegurar às vítimas de violência o direito de serem ouvidas e reintegradas à vida social, por meio da implantação de núcleos nas regiões administrativas do DF;
- Dar visibilidade às vítimas “ocultas” da violência e aos seus direitos fundamentais de respeito à vida e à dignidade inscritos na Declaração Universal dos Direitos Humanos;
- Intermediar o acesso das vítimas de violência às instituições públicas, capacitando-as para assumir a cidadania plena, como sujeitos de direitos e deveres;
- Defender a instituição de uma rede efetiva de assistência multidisciplinar às vítimas de violência como política pública permanente de Estado, rompendo paradigmas da desatenção crônica associada à prestação do serviço público;
- Ampliar a base social do serviço de assistência multidisciplinar às vítimas de violência, de forma a co-responsabilizar a sociedade na função de controlar e aperfeiçoar a política pública;
- Levantar subsídios para a criação de legislações específicas voltadas para a proteção da vida e dos direitos das vítimas;
- Fortalecer a rede de prevenção e enfrentamento da violência no país;
- Estabelecer um canal de comunicação de mão dupla com as comunidades afetadas por crimes violentos, de forma a levantar subsídios e propostas de políticas públicas de prevenção social da violência e construção de conceitos e atitudes de paz;
- Contribuir para a transformação da cultura de violência em uma cultura de paz baseada nos valores universais de respeito à vida, liberdade, justiça, solidariedade, tolerância, direitos humanos e igualdade de gênero, cumprindo os princípios estabelecidos pela Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura - Unesco. (Disponível em: <<http://www.sejus.df.gov.br/subsecretarias/protecao-as-vitimas-pro-vitima.html>>. Acesso em 16 de nov. 2013, 19:00:00.)

É admissível ampla legitimidade para o requerimento de tratamento multidisciplinar, podendo provir do próprio ofendido, do Ministério Público, do réu, do assistente de acusação, da autoridade policial e de ofício pelo juiz.

Importante mencionar que esse tratamento também tem correspondência na Resolução 40/34 da ONU, no item 14 e 15:

14. As vítimas devem receber a assistência material, médica, psicológica e social de que necessitem, através de organismos estatais, de voluntariado, comunitários e autóctones. 15. As vítimas devem ser informadas da existência de serviços de saúde, de serviços sociais e de outras formas de assistência que lhes possam ser úteis, e devem ter fácil acesso aos mesmos.

O parágrafo 6º por sua vez atribui ao Estado o dever de adotar medidas necessárias para resguardar a dignidade do ofendido, citando como valores: a imagem, a honra, a vida privada. É uma cláusula geral, um princípio, que pode ser aplicado com graus diversos a depender do caso concreto.

Essa literatura assegura uma mitigação ao princípio da publicidade dos atos judiciais e amplia a abrangência do artigo 792 do CPP²⁶, agora sob a ótica dos interesses do ofendido. Dispositivo com finalidade similar é o inserido pela Lei 12.015/09 que alterou a disciplina dos crimes contra a dignidade sexual e estabeleceu no artigo 234-B do código penal a seguinte redação: "Os processos em que se apuram crimes definidos neste Título correrão em segredo de justiça."

Atualmente, com o amplo acesso à informação, pessoas vitimizadas podem rapidamente serem conhecidas por todo o mundo por terem sua lástima propagada por meios eletrônicos. Difícil evitar que isso ocorra, entretanto é possível exigir medidas que impeçam ou amenizem situações que atentem contra a dignidade do ofendido. Como exemplo, há medidas que permitem a retirada de circulação de vídeos com cenas de crimes dos sites de divulgação (cena de estupro, cena de tortura) e de mensagens potencialmente criminosas de redes sociais (calúnia,

²⁶ Art. 792. As audiências, sessões e os atos processuais serão, em regra, públicos e se realizarão nas sedes dos juízos e tribunais, com assistência dos escrivães, do secretário, do oficial de justiça que servir de porteiro, em dia e hora certos, ou previamente designados.

§ 1º Se da publicidade da audiência, da sessão ou do ato processual, puder resultar escândalo, inconveniente grave ou perigo de perturbação da ordem, o juiz, ou o tribunal, câmara, ou turma, poderá, de ofício ou a requerimento da parte ou do Ministério Público, determinar que o ato seja realizado a portas fechadas, limitando o número de pessoas que possam estar presentes.

§ 2º As audiências, as sessões e os atos processuais, em caso de necessidade, poderão realizar-se na residência do juiz, ou em outra casa por ele especialmente designada.

racismo), e é possível determinar que o processo tramite em segredo de justiça. Tudo para não comprometer publicamente a dignidade do ofendido.

Em suma, o parágrafo §6 é uma cláusula geral com nítida finalidade protetiva, que reconhece a vítima como ser humano detentora de direitos e dignidade e que permite ao juiz tomar qualquer medida necessária para preservar essa dignidade. É admissível ampla legitimidade para requerer às providências de preservação.

Para concluir a análise, insta mencionar que o item correspondente da Resolução 40/36 da ONU é o 6 letra "d", que já foi transcrito ao comentar o §4 do artigo 201.

Por fim, cumpre também registrar uma evolução doutrinária e jurisprudencial recente a respeito do alcance do consentimento do ofendido como causa suprallegal de exclusão da ilicitude e da tipicidade do crime.²⁷

Embora essa matéria seja pertinente ao direito material, o assunto merece comentários, porque trata-se de uma forma de comunicação entre o ofendido e o sistema penal.

O consentimento do ofendido pode ser excludente da tipicidade do crime quando o tipo penal exigir uma conduta contra a vontade do sujeito passivo, como exemplo, o crime de violação de domicílio (art. 150 do CP) e o de estupro (art. 243), em ambos, se houver consentimento, o fato é atípico.

Como excludente de ilicitude seria no caso de só com o comportamento do autor já ocorrer lesão ao bem jurídico tutelado, hipótese em que o consentimento exclui a ilicitude. Por exemplo: a tatuagem que em tese poderia gerar lesão corporal, a destruição de carro que em tese poderia gerar crime de dano. Entretanto, em ambos os casos, existe fato típico, mas o consentimento do ofendido torna as condutas lícitas.

É considerado causa suprallegal por falta de previsão em lei. A doutrina elenca alguns requisitos para que o consentimento do ofendido possa surtir efeitos, como explica Rogério Greco (2010, p. 360):

Para nós o consentimento do ofendido somente surtirá o efeito desejado se estiverem presentes três requisitos fundamentais: que o ofendido tenha capacidade para consentir; que o bem sobre o qual recaia a conduta do agente seja disponível; que o consentimento tenha sido dado anteriormente ou pelo menos numa relação de simultaneidade com a conduta do agente.

²⁷ assunto relacionado à teoria do crime, em que se adota a teoria analítica (tripartite).

Feitos esses comentários sobre o que foi efetivamente incorporado ao direito brasileiro a respeito da comunicação entre o sistema penal e o ofendido, principalmente com relação sua atuação no processo penal brasileiro, agora cumpre fazer alguns comentários do que poderia ter sido acrescentado e não foi, seguindo a mesma lógica de correspondência com a Resolução 40/36 da ONU.

2.6 A insuficiência de comunicação com a Vítima de Crime conforme a Resolução 40/36 da ONU

Conforme dito no primeiro capítulo desta monografia, a Resolução 40/34 da ONU, chamada de Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder, definiu vários direitos a serem efetivados pelos estados membros, um deles é o direito à comunicação / informação entre o sistema penal e o vitimizado. Inclusive um sistema penal mais comunicativo é uma das grandes recomendações da vitimologia.²⁸

Até o presente momento foram mencionadas leis, reformas legislativas e uma disposição constitucional originária (art. 245 CF) que tiveram influência direta da Resolução 40/36 da ONU, resultado do movimento de "redescobrimto da vítima".

Importante mencionar agora alguns direitos declarados e recomendados que possuem totais condições de serem efetivados no Brasil, mas não são. Trata-se de uma discussão de grandes dimensões, que foge do objetivo deste trabalho (efetividade dos direitos fundamentais).

Só a título de exemplo, o item 4. da declaração dispõe que: "têm direito ao acesso às instâncias judiciárias e a uma rápida reparação do prejuízo por si sofrido, de acordo com o disposto na legislação nacional." Esse direito está assegurado pela Constituição Federal em norma de eficácia plena, pelo princípio da celeridade (art. 5º inciso LXXVIII), entretanto o judiciário brasileiro é moroso, a vítima demora anos para ser reparada, assim é um direito que existe, mas não tem efetividade (problemática da efetividade dos direitos fundamentais).

²⁸Lembrando que a vitimologia defende a necessidade dos sistemas penais serem mais comunicativos e reparativos para com a pessoa vitimizada. A comunicação entre a vítima de crime e o sistema penal brasileiro está sendo estudada no presente capítulo 2, a reparação da vítima é objeto de estudo do capítulo 3.

Em que pesem as dificuldades de efetivação dos direitos já conquistados pelos vitimizados no direito brasileiro, será tratada agora a lacuna do sistema penal brasileiro com relação à *comunicação* entre a vítima de crime e o sistema penal.

Por hora, o objeto de análise será o direito da vítima de crime à comunicação, informação, assistência, ajuda, amparo, solidariedade. O artigo 201, §2, assegurou ao ofendido o direito de ser comunicado dos atos do processo que, como visto, tem correspondência no item 6. "a" e "b" da Resolução 40/36. Entretanto, essa tutela foi insuficiente, como já dito anteriormente.

Existe ainda a necessidade da vítima de crime ser informada de seus direitos no momento que segue o fato criminoso; ou seja, logo depois da ocorrência do delito, em regra no contato com o sistema policial.

Pelo direito brasileiro, o ofendido tem direito a tratamento médico, psicológico, jurídico, multidisciplinar (art. 5 da CF e artigo 201 do CPP), entretanto ele não é informado de que tem esse direito. É exatamente o que tutela o item 15 e 16 da Resolução 40/36:

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

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

Parece óbvio, mas isso não ocorre no Brasil. A vítima, quando entra em contato com o sistema policial²⁹, não tem o amparo necessário. A preocupação da polícia é com o ofensor, e não com o ofendido, como já estudado anteriormente.

Uma simples orientação, uma cartilha explicativa de direitos, um encaminhamento, ou um apoio simples, material ou psicológico, no momento logo posterior ao crime pode fazer muita diferença e evitar traumas. No mesmo sentido é a recomendação da doutrina:

Ainda, é importante que sejam prestadas orientações às vítimas. Se é difícil ministrar informação apropriada para cada caso, porque demandaria muito tempo e implicaria treinamento difícil dos agentes policiais, poder-se-ia imprimir cartilhas com orientações gerais sobre os direitos da vítima. Pode-se também elaborar listas de entidades públicas e privadas que poderão prestar assistência às vítimas, lembrando-se, por exemplo, os órgãos de defesa do consumidor; os serviços oficiais de assistência judiciária gratuita

²⁹ O contato da vítima com o sistema policial já foi analisado com mais profundidade anteriormente neste mesmo capítulo.

e os proporcionados pelas faculdades de direito; as clínicas de atendimento médico na região, os prontos-socorros, os hospitais. Tão importante é essa orientação, que o Comitê de Ministros do Conselho da Europa, em 1985, ao fazer uma série de recomendações aos Estados Membros para melhorar a situação da vítima no sistema da justiça penal e, especificamente, em face da polícia judiciária, recomendou que os funcionários a informem com clareza sobre seu direito à assistência legal e social e, ainda, a um adequado ressarcimento dos danos. Nos Estados Unidos da América são feitos cadernos nos quais estão especificados os direitos das vítimas. O mesmo também sucedeu na França com publicação de guia pelo Ministério da justiça sobre os direitos das vítimas. (FERNANDES, 1995, p.72)

Razão assiste a Antônio Scarance no sentido da dificuldade de treinar agentes policiais para fazer um tratamento adequado para cada tipo de vítima que necessitar ser socorrida, como recomenda o item 16 da Resolução 40/36 ONU. Entretanto, simples providências poderiam ser implementadas por vontade política, que podem trazer grande ajuda a quem acabou de ser vítima de um crime. Como exemplo de medidas sugere-se: a vítima teve seu celular roubado, disponibiliza-se o telefone da delegacia para uso; teve o carro roubado, oferece transporte por meio de viatura; a pessoa foi sequestrada, oferece comida, água e, se necessário, um psicólogo; a pessoa teve seus bens perdidos por um incêndio doloso, oferece abrigo. Como dito, parece óbvio, mas não acontece no Brasil.

3 A REPARAÇÃO DA VÍTIMA DE CRIME

3.1 Primeiras considerações sobre a reparação das vítimas de crime

A vítima nunca quis ser vítima de crime, ela porta essa condição em razão de uma desgraça, um infortúnio não quisto e rechaçado por ela. Partindo da premissa de que ela já tem essa qualidade de "vítima consumada", originária de qualquer tipo penal previsto na legislação brasileira, agora o que importa é sua reparação.

O estudo da reparação da vítima está ligado à evolução histórica da própria vítima de crime (dissertada no capítulo 1). Na época de ouro da vítima, a reparação dos danos foi expressão da antiga vingança privada. Quando um terceiro passou a participar da solução de conflitos penais, a reparação dos danos passou a ser tratada como uma restituição imposta pela justiça privada (GOMES, 2012, p. 483).

Já na segunda era da vítima, marcada pelo seu esquecimento, com início da idade média³⁰ (sec. V), a reparação dos danos foi uma temática ignorada. Por conseguinte, já no início do Sec. XIII na Itália, começaram a surgir os primeiros estudos envolvendo a relação entre ofensor e ofendido. Neste momento histórico, a reparação dos danos era tema controvertido, pois foi tida como sanção de relevância pública por algumas correntes, e por outras como de interesse privado, alheio ao estado³¹.

Como o direito penal brasileiro foi pensado durante a chamada fase do esquecimento da vítima, ficou consagrado o sistema da independência em que a vítima, para pleitear sua reparação, precisa ingressar com ação cível. Importante deixar claro que esta ação cível *ex delicto* pode ser proposta pelo Ministério Público segundo artigo 68 do CPP³².

³⁰ Vide Capítulo 1.

³¹ Em razão dessas duas escolas, uma que defendia a reparação do dano como interesse público e a outra que visualizava interesse exclusivamente privado, é que a legislação ocidental se dividiu entre os sistemas da autonomia e da adesão. Tema que será aprofundado a diante, ao tratar sobre os sistemas de reparação da vítima de crime.

³² Entendimento que foi adotado pelo código de processo penal brasileiro em seu artigo 68, que continua em vigor até os dias atuais. Importante já destacar que o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade progressiva do dispositivo, retirando progressivamente a legitimidade do Ministério Público para propor ação civil *ex delicto* na medida em que seja instalada Defensoria Pública nos estados. Segue a ementa do julgado: "Ministério Público: legitimação para promoção, no juízo cível, do ressarcimento do dano resultante de crime, pobre o titular do direito à reparação: C. Pr. Pen., art. 68, ainda constitucional (cf. RE 135328): processo de inconstitucionalização das leis. 1. A alternativa radical da jurisdição constitucional ortodoxa entre a constitucionalidade plena e a declaração de inconstitucionalidade ou revogação por inconstitucionalidade da lei com fulminante

Deste modo, o sistema penal brasileiro atual em sua redação original é anterior ao novo momento vitimológico e humanístico, portanto várias alterações surgiram com fito de adequar o sistema penal aos modernos anseios do ofendido, como foi estudado no capítulo 2 (contato da vítima com o sistema penal) e continuará sendo estudado no presente capítulo que versará sobre a reparação da vítima.

3.2 A natureza da reparação dos danos

A natureza da reparação dos danos deve ser entendida conforme o contexto social em que é analisada. Como foi mencionado, pode figurar como exercício da vingança privada, como restituição imposta pela justiça privada, como sansão de relevância pública. Pode ter natureza de consequência *ex delicto*, "uma visão mais privatista, a reparação dos danos não aparece como sansão pública, senão como interesse particular da vítima, que deve lutar para alcança-lo." (GOMES, 2010, p. 484)

Estudos mais recentes já conseguem identificar a reparação dos danos como um ressarcimento securitário ou como medida de caráter social e humanitário; marca desse pensamento é o estado garantindo fundos de amparo às vítimas de crime^{33 34} e programas de assistência social aos vitimizados. Isso é possível quando o crime for considerado como um fenômeno social e deixar de ser enfrentado como guerra.

eficácia *ex tunc* faz abstração da evidência de que a implementação de uma nova ordem constitucional não é um fato instantâneo, mas um processo, no qual a possibilidade de realização da norma da Constituição - ainda quando teoricamente não se cuide de preceito de eficácia limitada - subordina-se muitas vezes a alterações da realidade fáctica que a viabilizem. 2. No contexto da Constituição de 1988, a atribuição anteriormente dada ao Ministério Público pelo art. 68 C. Pr. Penal - constituindo modalidade de assistência judiciária - deve reputar-se transferida para a Defensoria Pública: essa, porém, para esse fim, só se pode considerar existente, onde e quando organizada, de direito e de fato, nos moldes do art. 134 da própria Constituição e da lei complementar por ela ordenada: até que - na União ou em cada Estado considerado -, se implemente essa condição de viabilização da cogitada transferência constitucional de atribuições, o art. 68 C. Pr. Pen. será considerado ainda vigente: é o caso do Estado de São Paulo, como decidiu o plenário no RE 135328.(RE 147776, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 19/05/1998, DJ 19-06-1998 PP-00009 EMENT VOL-01915-01 PP-00136)"

³² O estudo do código de processo penal brasileiro e suas disposições com relação a vítima foi amplamente estudado no capítulo 2 desta monografia. Por hora o que se pretende é apenas contextualizar o CPP sob um aspecto histórico e internacional, bem como apontar suas principais influências no que tange a reparação da vítima.

³³ Os fundos de amparo às vítimas é assunto que ainda será tratado neste capítulo.

³⁴ No Brasil, já existe um seguro semelhante nos casos de acidentes de veículo automotor, chamado seguro DPVAT.

Por fim, Luiz Flávio Gomes menciona ainda uma última forma de considerar a reparação da vítima, agora como expressão da "reprivatização do conflito". A ideia é fazer com que a reparação evite o fenômeno da vitimização secundária e terciária, que consiste, respectivamente, no contato deplorável da vítima com o sistema policial e judiciário e no contato estigmatizado da vítima de crime com a sociedade. Nas palavras do autor:

(...) a meta destas propostas de diversificação é a de elaborar um equilíbrio justo entre a vítima, o autor e a sociedade, sem recorrer aos processos penais formais. Desta forma poder-se-iam evitar as marcas distintivas da vítima e do autor (estigmatização) próprias dos processos penais convencionais, e se possibilitaria que ambos pudessem regularizar ativamente seu conflito mediante um novo esquema, não como sujeitos de um processo penal formal, mas como participantes de uma instância informal de autoajustamento do conflito. Isso implica o desenvolvimento de programas destinados a aumentar a capacidade das comunidades locais para manejar os conflitos em termos mais humanos, por meio de mediação e da colaboração interpessoal. (GOMES, 2012, p. 486)

Essa posição do autor tem plena relação com a teoria da justiça consensual, em que é possível atingir a plena reparação das vítimas sem que haja prisão³⁵.

Deste modo, a reparação do dano pode ser vista sob diferentes formas a depender do contexto social que é analisada, como será visto à diante, a reparação pode até ser entendida como um dever do estado, da coletividade, ou, como é no Brasil, uma obrigação do causador do dano.

3.3 A reparação dos danos e o redescobrimento da vítima

O pensamento jurídico após a Constituição Federal de 1988 vive um novo momento, o chamado neoconstitucionalismo (ou pós-positivismo). Marca desse novo momento é o abandono da interpretação programática das normas constitucionais para o reconhecimento de sua efetividade e aplicabilidade.

A forma de se pensar o direito mudou, inclusive sobre os direitos da pessoa vitimizada, que agora é vista, tem voz e direitos, sendo o principal deles o de ser protegida e ressarcida do dano que lhe foi causado (redescobrimento da vítima).

Importante lembrar que esse novo momento do "redescobrimento da vítima" considera que sua reparação é uma questão ligada à própria dignidade da pessoa

³⁵ Assunto será tratado juntamente com a análise da Lei 9099/95

humana. O interesse na reparação é social e necessário, devendo ser perseguido de forma imperativa pelo estado (efetividade dos direitos fundamentais).

Hoje, no Brasil, a segurança, saúde, honra, propriedade e a dignidade são direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal de 1988 e devem ser efetivados. A pessoa vitimizada que teve violado um ou todos esses direitos deve ser reparada de forma a buscar seu retorno aos *status quo*. Ou seja, deve a reparação civil ser integral (sentido amplo), abrangendo eventual restituição da coisa, danos morais, estéticos, materiais, lucros cessantes, honorários, despesas com luto e processo, pensão, tratamento psicológico, médico etc.

A Resolução 40/34 da ONU, chamada Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder, em seu item 8, estabelece como deve ser a abrangência da reparação da vítima, incluindo, inclusive, o restabelecimento de direitos:

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

A declaração recomenda aos estados membros a usar a equitatividade com relação aos prejuízos causados à vítima, suas famílias ou pessoas a seu cargo, ou seja, sujeito passivos e sujeitos prejudicados (todos os envolvidos). Abrange também: a restituição dos bens, indenização pelo prejuízo ou pelas perdas sofridos, o reembolso das despesas feitas como consequência da vitimização, prestação de serviços e o restabelecimento dos direitos (reparação integral).

Dúvida que surge é se a prestação de serviços é para a vítima ou seria apenas uma sanção aplicada pelo estado, como já existe? Qual seria a abrangência do restabelecimento dos direitos?

Como visto no capítulo 1, a declaração não tem natureza de lei, mas de recomendações a serem seguidas pelos Estados Membros da ONU. São princípios que devem ser usados para pensar e interpretar a matéria, podendo ser usados com graus de aplicabilidade distintos a depender do caso concreto dos costumes e limites de cada país. Assim cabe a legislação interna de cada estado membro disciplinar como deve ser feita essas reparações em forma de prestação de serviços e restabelecimento de direitos.

A legislação penal atual, seguindo a dogmática moderna em privilegiar o ofensor que repara o ofendido, consagra em vários momentos a necessidade da reparação da vítima.

Podem ser citados: o já mencionado efeito extrapenal genérico da sentença condenatória (art. 91 CP); a reparação como requisito do livramento condicional (art. 83, IV, CP); requisito para a reabilitação (93, III, CP); reparação do erário como requisito para progressão do regime de cumprimento de pena (art. 33, §4, CP); a reparação do crime como destino do trabalho do condenado (art. 29, §1, LEP); a reparação como dever do condenado (art. 39, VIII, LEP); a reparação do dano como princípio do rito dos juizados especiais; a reparação dos danos nos crimes de trânsito (art. 291 do Código de Trânsito Brasileiro).

Há, aliás, previsões em que a reparação do dano é suficiente para o fim da ação penal: artigo 312, §3, do CP (peculato culposo); art. 34 da Lei 9249/95 alterado pela Lei 10.684/03, que permite extinção da ação penal com o pagamento de débito nos crimes tributários.

Como visto, o sistema penal atual condiciona a reparação do dano suportado pelo ofendido como condição para que o ofensor se beneficie com vários institutos, principalmente após a sentença penal transitada em julgado e nos juizados especiais criminais.

Todos os mencionados dispositivos são considerados mitigações ao princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, que surtem excelente resultado socio-criminal. Ademais a tendência do legislador é descriminalizar diante de reparação efetiva da vítima, devendo os estados exercerem seu poder punitivo somente em *ultima ratio*:

(...)de outro lado que a decisão do juiz criminal, na medida do possível, resolva o conflito, isto é, que permita a reparação do dano, mesmo porque a prisão, que constitui o eixo do modelo clássico, não soluciona nada, não resolve o problema da vítima e tem um custo social muito alto. Por tudo isso, deve ser reservada para casos extremos (*ultima ratio*). (GOMES & MOLINA, 2010, p. 480).

Entretanto, em que pese a boa vontade do legislador, as vítimas de crime raramente são reparadas, seja pela burocracia, falta de acesso à justiça ou pela precariedade da condição financeira do algoz. Há necessidade de políticas públicas, centros de assistência social, o reconhecimento da relevância social da reparação, leis que privilegiem a vítima, a consagração do princípio do *in dubio pro victima*,

criação de fundos de amparo as vítimas de crime, a responsabilidade do estado pela reparação; em suma, a implementação de um sistema mais comunicativo e reparativo, como anseia a vitimologia.

Para melhor entender o novo momento do redescobrimento da vítima de crime, visando uma análise prospectiva com soluções práticas, além de analisar o objeto de estudo da monografia (cap.1) e a vítima de crime durante o processo (cap.2), cabe agora entender os sistemas de reparação das vítimas de crime, e como funciona de fato no Brasil.

3.4 Os sistemas de reparação do dano às vítimas de crime

Sistemas de reparação é a forma / meio pelo qual as vítimas de crimes podem ser ressarcidas civilmente em razão do delito. Trata-se de tema controvertido quanto à classificação, cada autor a faz de forma distinta, mas todas atingem o mesmo objetivo, sendo alterando apenas o *nomem iuris*.

Para Arakem de Assim, são quatro os sistemas de reparação das vítimas de crime:

O da *separação*, em que o provimento penal exercerá nenhuma ou limitadíssima influência na área civil; o da *confusão*, à semelhança do primitivo direito romano quando ação única serve ao duplo objetivo de aplicar a pena e reparar o dano; o da *solidariedade*, em que separadas as ações, obrigatoriamente se resolvem em conjunto e no mesmo processo; por fim, o da *livre escolha*, cujo traço específico consistirá na hipótese de cumulação facultativa, no processo penal de ambas as ações." (ASSIS, 2000, p. 44, grifo do autor)

Há quem entenda que só existem dois sistemas: o da adesão e o da separação, sendo os demais subdivisões. (DIAS, Figueiredo citado por ASSIS, 2000, p. 44). Há também quem use o termo *união* como sinônimo de adesão ou confusão; e independência, ou separação, como sinônimo de autonomia. Há ainda a *adesão facultativa* como sinônimo da livre escolha, e a *separação mitigada* quando uma sentença influencia na outra a depender do fundamento da condenação / absolvição etc.

Fernando da Costa Tourinho Filho separa os sistemas de forma diversa:

Há dois sistemas de confusão (as duas pretensões deduzidas num só pedido), da solidariedade (as duas pretensões deduzidas num mesmo processo, mas em pedidos distintos), o da livre escolha segundo o qual o interessado tanto pode ingressar com a ação civil na jurisdição cível como

pode pleitear o ressarcimento na sede penal, no próprio processo penal e, finalmente o sistema da separação: a ação civil proposta na sede civil e ação penal, na justiça penal. (TOURINHO FILHO, 2010, p. 260)

Cumpra esclarecer que não existe um sistema de reparação das vítimas de crime igual ao outro, e nem mesmo um sistema puro; em verdade, sempre haverá influência de uma sentença punitiva em uma reparatória e vice e versa, a não ser quando ambas as pretensões sejam resolvidas na mesma sentença.

Cada país tem sua legislação com peculiaridades próprias. Por isso, Antônio Scarance Fernandes (1995, p. 166) prefere simplificar e dividir os sistemas em dois grandes sistemas: o da união e o da separação, e depois estuda cada sistema de forma individualizada.

O marco distintivo de um sistema para o outro é a necessidade de ingresso com nova ação distinta para obter a reparação (separação), ou se a própria sentença penal já garante essa reparação (união), ou se existe a opção de escolher o juízo cível ou criminal para pronunciar sobre a reparação (livre escolha).

Em suma, se o sistema não permitir que a sentença penal manifeste sobre a reparação, prevalece o sistema da autonomia ou independência. Se o sistema exigir que a sentença penal manifeste sobre a reparação, prevalece o sistema da união ou adesão ou confusão. E, por fim, se o sistema permitir, mas não exigir, ou condicionar a requerimento, que a sentença penal manifeste acerca da reparação, prevalece o sistema da livre escolha.

Cumpra alertar que os sistemas de reparação da vítima é tema que deve ser analisado com bastante cautela, porque envolve quatro ramos distintos do direito: Direito Penal, Processo Penal, Direito Civil e Processo Civil, sendo cada um deles verdadeiro universo de regras e princípios distintos.

Trata-se de assunto que está no limo de discussão entre essas matérias, acarretando várias dissensões na doutrina. Por essa razão, o objetivo deste trabalho é analisar a legislação e os entendimentos prevalentes, doutrinários, comparados e jurisprudenciais, não cabendo aqui entrar nos pormenores de cada opinião isolada e individualizada, ainda que seja respeitada.

Antônio Scarance Fernandes (1995, p. 169), que dividiu os sistemas em dois: o da união e o da separação, preferiu estudar cada sistema de cada país de forma individualizada, fazendo um estudo comparado, classificando o sistema que prevalece em diversos países.

Diante da riqueza acadêmica, cumpre fazer as referências: Sistema da separação: Estados Unidos, Canadá, Austrália, Nova Zelândia, Inglaterra, Escócia, Suíça, Holanda, Paraguai; Sistema da união: França, Itália, Bélgica, Alemanha, Portugal, Espanha, Argentina, Chile, Peru, México, Venezuela, Iugoslávia, Romênia, Colômbia, Polônia, Costa Rica.³⁶

Arakem de Assis (2000, p. 43-61) também fez o estudo comparado, ainda mais pormenorizado, explicando peculiaridades dos sistemas de cada país. Destaque para o sistema de reparação das vítimas de crime da Nova Zelândia e da Itália que oportunamente merece análise.

Na nova Zelândia, desde 1964, prevalece o sistema da indenização do Estado. As vítimas de determinados crimes previstos na lei local podem exigir do estado valor pecuniário a título de reparação; o estado pode inclusive ser demandado judicialmente a pagar indenização para as vítimas de crime. É um sistema avançado, que reconhece a responsabilidade do estado pela segurança e saúde dos cidadãos vitimizados, servindo de exemplo para o resto do mundo. (FERNANDES, 1995, p. 182)

O sistema italiano, por sua vez, tem caráter híbrido, chamado de sistema da *adesão facultativa*. Nele as sentenças penais prolatadas sob:

o fundamento na inexistência do fato, negativa de autoria, falta de prova do fato ou da autoria cumprimento de dever ou cumprimento de dever legal ou exercício de faculdade legítima; e condenatória, nos termos do art. 27, vinculava quanto à existência do fato à sua ilicitude e à responsabilidade do condenado. (ASSIS, 2000, p. 60).

A importância de mencionar esse comando do Código Penal Italiano de 1930 é em razão da semelhança com o nosso sistema reparatório atual (artigo 65 do CPP). Ocorre que o legislador italiano, por meio do Código de Processo Penal de 1988, alterou o mencionado artigo 27 descartou o princípio da prevalência absoluta do processo penal³⁷ e o sistema da independência.

A conclusão dessa análise do direito comparado é que o Brasil adotou o sistema italiano do início do XX que encontra-se ultrapassado, pois, como dito, a própria Itália mudou seu sistema de reparação, e o Brasil não.

³⁶ O autor Bassiouni em "*text and commentary*", citado por Fernandes (1995, p. 170), classifica os sistemas de reparação como os de países da Europa continental e os de modelos socialistas.

³⁷ Como será visto a seguir, o sistema brasileiro guarda grande semelhança com o italiano da década de 30, praticamente reproduziu a mencionada norma. Porém, o sistema italiano evoluiu e foi alterado em 1988 e o sistema de reparação brasileiro continua da mesma forma.

Feito o panorama dos sistemas de reparação da vítima, indaga-se: qual é o melhor? Os autores Aranguera Fanego e Rui Pinho (citados por Fernandes, 1995, p.170-171) apontam vantagens de cada sistema.

Segundo os autores é recomendável a adoção do sistema da cumulação / adesão pelos seguintes motivos:

a) existe interesse público tanto em punir o infrator como em reparar o dano, seja porque a vítima foi atingida em consequência da ineficácia do estado em prevenir o crime, seja ainda porque só com a ressarcimento pecuniário haverá integral restauração da ordem jurídica violada; b) poderá a vítima ter seu interesse defendido pelo ministério público, ou até mesmo caberá ao juiz de ofício examinar a pretensão civil, superando- problema prático decorrente da dificuldade de ela pleitear, por si, a reparação; c) haverá uma justiça mais rápida e mais econômica com a resolução conjunta das duas pretensões; d) maior facilidade para a vítima demonstrar o seu direito à reparação civil, ante a maior admissibilidade de prova em processo criminal e em face também do aproveitamento das provas produzidas pelo Ministério Público; e) maior eficácia da decisão civil que abrange todos os acusados do crime, autores principais e cúmplices; f) inexistência de decisões contraditórias, que abalam a credibilidade da justiça e o prestígio do estado; [...]

Ainda segundo os autores (Aranguera Fanego e Rui Pinho), é recomendável o sistema da independência:

a) os processos civil e penal são de natureza profundamente diversa; b) há diversidade entre as posições das partes civis e penais, principalmente em relação ao réu que no processo criminal está em condições de inferioridade e, na causa civil, está em posição de igualdade; c) perigo para a repressão criminal com o desvio da atenção do juiz penal para as questões civis; d) é radical a diversidade entre decisões penal e civil quanto à função e à eficácia; [...]

Observa-se que as vantagens de um sistema são as desvantagens do outro, sendo ambos aceitáveis, não tendo uma falha gritante em nenhum deles. Entretanto, *data vênia*, o sistema mais recomendável é o sistema da união (ou confusão ou, ainda, adesão). Nesse mesmo sentido a Vitimóloga Aline Pedra Jorge:

Verificando os benefícios do Sistema da União, posicionamo-nos a seu favor. O receio daqueles que são contrários ao sistema é o de que sejam aplicados ao processo penal os princípios do civil, onde as partes estão em pé de igualdade, e o que se busca é a verdade formal, e não a material. Contrariamente ao que advertem alguns autores, todas as fases da instrução criminal são respeitadas, e os princípios aplicados ao processo são os seus próprios, tais como o contraditório, a ampla defesa, inocência e *in dubio pro reo*. A única diferença é que, ao final aplica-se além de qualquer outra punição, ou em substituição a esta, a depender da infração, uma reparação pecuniária, ou de prestação de serviços, na hipótese do réu ser insolvente. A reparação na verdade é uma consequência da sentença condenatória, a ser definida pelo mesmo juiz da instrução criminal. O que se tem é que o mesmo juiz da instrução e condenação criminal especifica o *quantum*, em sendo pecuniária a reparação, tornando a sentença título

executivo líquido, ou senão a espécie de prestação de serviço. (JORGE, 2002, p. 134-135)

Antônio Scarance Fernandes também é favorável ao sistema da união (1995, p. 171) e menciona que no congresso da Associação internacional de Direito Penal realizado em Budapeste em 9 a 15 de setembro de 1974, a maioria dos participantes filiaram-se ao sistema da união³⁸.

Em que pese o sistema adotado no Brasil ser da independência, houve uma alteração no Código de Processo Penal pela Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008 para incluir no artigo 387, IV, que a sentença condenatória "fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido".

Embora essa alteração não seja suficiente para mudar a classificação do sistema brasileiro de independência para união, percebe-se uma inclinação para este último, ou pelo menos uma mitigação ao sistema da independência. Talvez futuramente haja uma mudança definitiva.

3.5 A reparação civil da vítima de crime no Brasil

Como dito anteriormente, o sistema brasileiro de reparação das vítimas de crime é o da independência, ou seja, a responsabilidade criminal do ofensor deve ser feita no juízo penal, e a reparação civil do ofendido deve ser feita no juízo cível.

Essa conclusão pode ser extraída do artigo 935 do Código Civil, que assim dispõe: "A responsabilidade civil é independente da criminal,(...) não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal."

Outro fundamento é proveniente da Exposição de Motivos do Código de Processo Penal, no item IV³⁹, que justifica a adoção pelo sistema da independência da seguinte forma:

³⁸ Este também é o meu entendimento. O sistema da união não onera a vítima do crime com outra ação judicial evitando o pagamento de custas e advogado, persegue a reparação mais rapidamente, evita a revitimização da ação civil *ex delicto*, permite que com uma mesma instrução já seja possível aferir sobre a responsabilidade penal do réu e mensurar o dano causado à vítima para fins de reparação. A realidade brasileira é que na maioria das comarcas só existe apenas um juiz para todas as matérias, sendo ilógico demandá-lo duas vezes, sendo que poderia demandar uma só.

³⁹ Veja que esta exposição de motivos foi elaborada em 1941, momento jurídico de um pensamento vitimológico diverso do atual, que inclusive chama o código penal de "novo", sabendo que ele entrou em vigor em 1940.

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.

De qualquer forma um ilícito penal é também um ilícito civil (art. 186 do CC). Independentemente da ação penal, a vítima pode ingressar no judiciário com ação civil autônoma, antes, durante ou depois da ação penal, a chamada ação civil *ex delicto*. Pode também a depender do caso gerar responsabilidade administrativa (ex: crimes contra administração pública).

Em regra,⁴⁰ a sentença condenatória transitada em julgado gera para o condenado a obrigação de reparar o dano causado, independentemente do fundamento da condenação.

Trata-se de um efeito extrapenal genérico e obrigatório da sentença penal condenatória, previsto no artigo 91, I, do CP: "São efeitos da condenação: I - tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime;". Com esse título executivo judicial, é possível a execução civil *ex delicto*.

A ação civil *ex delicto* é a prevista no artigo 64 do CPP, diante da propositura direta da ação civil independente da penal, e a ação prevista no artigo 63 do CPP é a de execução *ex delicto* porque executa o valor da indenização fixado pelo juiz criminal. Entretanto, a jurisprudência e doutrina majoritariamente chama de ação civil *ex delicto* ambas indistintamente.

Em suma, com a ocorrência do delito, a vítima tem duas opções: pode ignorar o trâmite da ação penal e ingressar com ação indenizatória autônoma (art. 64 CPP), oportunidade em que deve provar todos os requisitos da responsabilidade civil em busca de um título executivo civil. É também a utilizada em caso de sentença penal absolutória, em regra, pois, como será visto, há exceções de não cabimento da reparação.

A segunda opção é aguardar o trânsito em julgado da ação penal, que, em caso de condenação, torna possível executar a sentença no juízo civil, por meio da

⁴⁰ Sentenças penais condenatórias de crimes que não tem vítima (ex: porte de arma de fogo de uso permitido, tráfico de drogas), os de crime de perigo abstrato, por uma questão lógica, não pode ser considerado um ilícito civil passível de ação reparatória.

execução de título executivo judicial criminal (art. 63 CPP), bem como proceder com a liquidação, caso almeje valor superior ao fixado na sentença penal.

Destarte, no Brasil, independente da forma que a vítima de crime pretende ser ressarcida, deve obrigatoriamente participar de no mínimo duas ações judiciais, por consequência do sistema da independência. E isso acarreta problemas: ela terá que contratar advogado, pagar custas de processo, reviver o fato criminoso, comparecer em juízo, demora, pode ser necessário relatar sobre o crime outras vezes, causando-lhe transtorno.

Embora ao final dos processos a reparação civil do dano possa ocorrer, é um sistema que pode ser melhorado para ser mais eficiente, pois exige muito da vítima (vulnerável). Na prática, é uma verdadeira luta que muitas vezes é perdida pelo cansaço. Sem contar com a vitimização secundária causada à pessoa que já sofreu com o delito e tem que participar de mais de um processo para ser ressarcida.

Feito a explicação geral e as críticas pertinentes, importa agora estudar cada uma das formas disponíveis à vítima de crime para ser ressarcida civilmente no Brasil.

3.5.1 A Ação Civil autônoma de reparação, artigo 64 do Código de Processo Penal

Trata-se de uma ação indenizatória cível comum proveniente de uma infração penal, por isso o nome ação civil *ex delicto*, pode ser proposta antes durante ou depois do trânsito em julgado da ação penal.

Seu prazo de prescrição é de três anos (art. 206, §3, V do CC) a contar do fato. A ação civil pode sofrer suspensão até o fim da ação penal, bem como corre o risco de ser julgada improcedente a depender do fundamento da sentença penal absolutória. De fato uma ação que consagra o princípio da independência das justiças civil e penal.

Sobre a faculdade do ofendido em perseguir o título judicial civil em razão de infração penal, seguem algumas considerações:

O ajuizamento da ação indenizatória se atrela, exclusivamente, à iniciativa soberana e personalíssima do legitimado ativo. Ponto de partida e móvel da demanda consistirá ilícito hipotético. Existência, autoria e demais questões concernentes ao concreto delito civil alegado integram o objeto litigioso, ou seja, o mérito da demanda, e se solucionarão na pronúncia futura do órgão

judiciário. Outros critérios embasam o alvitre todo particular da vítima acerca da oportunidade e conveniência do remédio. Cumprirá medir e pesar o valor do contexto probatório já disponível, a brevidade, os incômodos e os custos do processo civil. (ASSIS, 2010, p. 66-67)

A ação civil autônoma busca um título executivo judicial cível e tem fundamento no próprio Código Civil, nos artigos 186 do CC⁴¹ e no 64 do CPP: "Sem prejuízo do disposto no artigo anterior, a ação para ressarcimento do dano poderá ser proposta no juízo cível, contra o autor do crime e, se for caso, contra o responsável civil."

A vantagem dessa ação civil é que pode figurar no polo passivo da demanda o ofensor e os responsáveis civis, previstos no artigo 932 do Código Civil⁴². Enquanto na ação de execução do artigo 63 do CPP, o único responsável será o condenado na ação penal, não podendo estender tal responsabilidade a terceiros.

Outra vantagem é poder utilizar das medidas cautelares cíveis para resguardar o patrimônio do réu em caso de dilapidação no curso da ação civil e, assim, prevenir futura frustração da execução. Entretanto, a maior vantagem é a celeridade da reparação, uma vez que não há necessidade de aguardar o trânsito em julgado da ação penal para obter a reparação.

Essa ação tem como desvantagem a possibilidade de suspensão até o desfecho da ação penal para prevenir sentenças conflitantes, conforme o CPP artigo 64, Parágrafo único: "intentada a ação penal, o juiz da ação civil poderá suspender o curso desta, até o julgamento definitivo daquela".

No mesmo sentido é o artigo 110 do CPC: "*Art. 110. Se o conhecimento da lide depender necessariamente da verificação da existência de fato delituoso, pode o juiz mandar sobrestar no andamento do processo até que se pronuncie a justiça criminal.*".

Guilherme de Souza Nucci entende que a suspensão da ação civil não é uma faculdade do juiz, mas um dever, como segue sua contribuição doutrinária:

⁴¹ Código Civil: art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

⁴² Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;
 II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;
 III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;
 IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos;
 V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia.

vigorando o sistema da separação das jurisdições, é natural que a vítima possa ingressar na esfera cível, antes mesmo que finde a ação penal pelo mesmo delito. Entretanto, ainda que neste dispositivo [art. 64, Parágrafo único] esteja prevista a faculdade do juízo de suspender o trâmite da ação civil, até que seja julgada a penal, cremos salutar que isso seja sempre feito. evita-se, com isso, a inoportuna ocorrência de decisões contraditórias, que somente podem desacreditar a Justiça. O melhor é aguardar o deslinde da ação penal, para então julgar a civil, até porque esta será improcedente, quando a justiça penal negar a existência do fato ou de quem seja o seu autor. (NUCCI, 2006, p. 188-189)

Em sentido contrário é a posição do Superior Tribunal de Justiça⁴³, entendendo que se trata de uma faculdade do juiz a ser analisada caso a caso, segue um julgado para ilustrar:

PROCESSO CIVIL – ENERGIA ELÉTRICA – FRAUDE NO MEDIDOR – SUSPENSÃO NO FORNECIMENTO – AÇÃO CÍVEL E AÇÃO PENAL CONEXAS – ARTS. 64, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPP E 110 DO CPC – FACULDADE – PARALISAÇÃO DO FEITO CÍVEL: DESCABIMENTO – SÚMULA 7/STJ – DISSÍDIO NÃO CONFIGURADO – AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO: SÚMULA 282/STF – OFENSA AO ART. 468 DO CPC: INEXISTÊNCIA. 1. Não configurado o dissídio jurisprudencial quando não demonstrada a similitude fática entre acórdãos confrontados. 2. Acórdão que não analisou a questão à luz do art. 265, IV, "a", do CPC. Ausência de prequestionamento. Súmula 282/STF. 3. Não há ofensa ao art. 468 do CPC se o Tribunal não atribuiu eficácia de coisa julgada a acórdão proferido em agravo de instrumento. 4. As esferas cível e criminal são independentes e o comando contido nos arts. 64, parágrafo único, do CPP e 110 do CPC constitui faculdade do juiz. 5. A jurisprudência desta Corte sedimentou-se no entendimento de que a ação penal não paralisa a via cível, devendo ser analisado caso a caso para verificar a possibilidade de subsistirem decisões contraditórias. 6. Hipótese em que o Tribunal não estava obrigado a suspender a ação cível se, com base na prova dos autos, entendeu que não havia elementos suficientes para concluir que serão proferidas decisões contraditórias no âmbito cível e no criminal. Nessas circunstâncias, a constatação de ofensa à lei federal esbarra no óbice da Súmula 7/STJ. 7. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, não provido. (REsp 994.893/AM, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/05/2008, DJe 26/05/2008)

Outra desvantagem é a possibilidade de frustração da ação civil diante de futura absolvição do acusado no âmbito penal sob o fundamento de inexistência do fato ou por reconhecimento da negativa de autoria ou ainda sob alguma das excludentes da ilicitude conforme artigos 65 e 66 do CPP:

⁴³ O STJ também entende que a suspensão da ação civil não é até o trânsito em julgado da ação penal, pois deve respeitar o limite de um ano previsto no artigo art. 265, §5º, do CPC. (REsp 282.235/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/12/2000, DJ 09/04/2001, p. 356)

Art. 65. Faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

Art. 66. Não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato.

Em suma, é possível a reparação civil da vítima de crime por meio da ação civil *ex delicto* quando a sentença penal absolutória não tiver como fundamento os incisos: I (estar provada a inexistência do fato), IV (estar provado que o réu não concorreu para infração penal), VI (existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena, arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28 do CP) do artigo 386 do Código de Processo Penal. Em todas essas hipóteses, a sentença absolutória faz coisa julgada penal e civil.

Importante mencionar que o inciso VI do artigo 386 do CPP comporta exceções. São os casos de estado de necessidade agressivo, de legítima defesa real, *aberratio ictus*, e nos casos de discriminantes putativas, conforme ensina a doutrina:

a) estado de necessidade agressivo (arts. 929 e 930 do CCB): trata-se de uma situação de perigo, em que é sacrificado o bem de um terceiro, diverso daquele causador do perigo. Como exemplo de estado de necessidade agressivo, podemos pensar numa situação em que "A", para defender-se de uma situação de perigo causada por "B", acaba sacrificando um bem de "C". Logo, poderá ser absolvido no processo penal e condenado na esfera cível (ação de indenização), tendo, porém, direito regressivo contra "B";

b) legítima defesa real e *aberratio ictus* (art. 73 do CP). É o caso em que "A" agride

injustamente "B", que para se defender atira e vem a ferir "C". Nesse caso "B" poderá ser absolvido na esfera penal, mas isso não impede a ação indenizatória a ser ajuizada por "C", cabendo, em caso de condenação, direito de regresso contra "A".

E quanto à legítima defesa ou estado de necessidade putativos? Pensamos que essa decisão não faz coisa julgada na esfera cível e, portanto, não impede a ação de indenização. A figura da discriminante putativa é essencialmente penal, não prejudicando eventual indenização. (LOPES JR, 2012, p.102)

No caso de absolvição sumária do inciso I, do artigo 387 do CPP, aplicam-se essas mesmas regras e exceções, os demais incisos II, III, e IV não impedirão a conclusão favorável à vítima no caso de ação civil *ex delicto*.

Visto as hipóteses que impedem a ação de reparação e suas exceções, cumpre informar que não impedirão a vítima de propor ação reparatória: "I - o despacho de arquivamento do inquérito ou das peças de informação; II - a decisão que julgar extinta a punibilidade; III - a sentença absolutória que decidir que o fato imputado não constitui crime.", conforme o artigo 67 do CPP.

Lembrando o que foi estudado sobre o Assistente de Acusação no capítulo 2 desta monografia, que sua participação no processo penal é para evitar que a sentença absolutória tenha por fundamento as hipóteses que opera coisa julgada no civil, sob pena de ter frustrada sua reparação.

Importante mencionar também que o réu, mesmo absolvido, tem interesse recursal para pleitear absolvição com fundamento nos incisos I, IV e VI do artigo 386 do CPP, para fazer coisa julgada penal e civil, buscando impedir futura ação civil *ex delicto* com fundamento no artigo 64 do CPP.

3.5.2 Ação de Execução Civil *Ex Delicto*, artigo 63 do Código de Processo Penal

Essa possibilidade de execução provém de um efeito extrapenal genérico da sentença penal condenatória, conforme o Código Penal Art. 91: "são efeitos da condenação: I - tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime". Tem como fundamento o artigo 63 do CPP: "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", por isso é conhecida como ação de execução *ex delicto*.

A sentença penal condenatória transitada em julgado é considerada pelo Código de Processo Civil título executivo judicial, conforme Art. 475-N: "são títulos executivos judiciais: II – a sentença penal condenatória transitada em julgado". Por isso, tal ação não demanda dilação probatória, seguindo o rito da execução de título executivo judicial.

A sentença em comento é classificada como título executivo judicial paraestatal e híbrido, pois tem duas naturezas: condenatória (penal), que permite a liquidação do valor da reparação (cível):

RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIOS DUPLAMENTE QUALIFICADOS CONSUMADOS E HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO TENTADO. REPARAÇÃO PELOS DANOS CAUSADOS À VÍTIMA PREVISTA NO ART. 387, INCISO IV, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. NORMA DE DIREITO PROCESSUAL E MATERIAL. IRRETROATIVIDADE. NECESSIDADE DE PEDIDO EXPRESSO. SUBMISSÃO AO CONTRADITÓRIO. RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A regra do art. 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, que dispõe sobre a fixação, na sentença condenatória, de valor mínimo para reparação civil dos danos causados ao ofendido, é norma híbrida, de direito processual e material, razão pela que

não se aplica a delitos praticados antes da entrada em vigor da Lei n.º 11.719/2008, que deu nova redação ao dispositivo. 2. Para que seja fixado na sentença o início da reparação civil, com base no art. 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, deve haver pedido expresso do ofendido ou do Ministério Público e ser oportunizado o contraditório ao réu, sob pena de violação ao princípio da ampla defesa. Precedentes.

3. Recurso desprovido. (REsp 1193083/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 20/08/2013, DJe 27/08/2013)

Ocorre que houve uma mudança do CPP pela Lei 11.719/2008, acarretando em uma mitigação da tradicional separação das esferas civil e penal, inserindo o Parágrafo único no artigo 63 e o inciso IV do artigo 387, que seguem *ipsis literis*:

art. 63, Parágrafo único: Transitada em julgado a sentença condenatória, a execução poderá ser efetuada pelo valor fixado nos termos do inciso IV do caput do art. 387 deste Código sem prejuízo da liquidação para a apuração do dano efetivamente sofrido.

Artigo 387: O juiz, ao proferir sentença condenatória: IV – fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido.

Com essa mudança, o juiz criminal deve fixar valor mínimo de reparação dos danos causados à vítima do crime, abrangendo danos: morais, estéticos, materiais, lucros cessantes etc. O valor fixado deverá ser o mínimo porque poderá o ofendido liquidar a sentença penal em ação separada no cível para obter valor ainda maior do que foi fixado no título penal.

Tal mudança foi alvo de divergências doutrinárias. Perfilhando-se aos que criticam a mudança, segue as palavras de Aury Lopes Jr:

Dispõe o art. 935 do CCB que a responsabilidade civil é independente da criminal, ainda que não se possa mais discutir a existência do fato, ou quem seja o seu autor, quando essas questões se acharem decididas no crime. É o efeito de tornar certa a obrigação de indenizar a que alude o art. 91, I, do CP. De qualquer forma, pelo menos a liquidação de sentença e a execução não incumbem ao juiz penal, o que já é uma grande vantagem. Essa cumulação é uma deformação do processo penal, que passa a ser também um instrumento de tutela de interesses privados. Não está justificada pela economia processual e causa uma confusão lógica grave, tendo em vista a natureza completamente distinta das pretensões (indenizatória e acusatória). Representa uma completa violação dos princípios básicos do processo penal e, por consequência, de toda e qualquer lógica jurídica que pretenda orientar o raciocínio e a atividade judiciária nessa matéria. Desvirtua o processo penal para buscar a satisfação de uma pretensão que é completamente alheia a sua função, estrutura e princípios informadores. Como exemplo dessa errônea *privatização do processo penal*, o próprio Direito Penal nos oferece as absurdas “condenações penais disfarçadas de absolvição de fato”. Ocorrem quando alguém é condenado a uma insignificante pena de multa (responsabilidade penal) quando o que se pretende, na realidade, é uma substancial indenização na esfera cível (responsabilidade civil), utilizando a sentença penal condenatória como título executivo judicial. Para amparar esse tipo de direito, existem vias próprias e para isso está o processo civil. Cada coisa no seu devido lugar.

Infelizmente a reforma levada a cabo pela Lei n. 11.719, misturou os interesses." (LOPES JR, 2012, p. 98-99)

Por outro lado, posicionando-se a favor dessa nova dogmática reparatória, segue os elogios de Luiz Flávio:

já se fala portanto, claramente, na civilização do processo penal, para expressar essa tendência político-criminal de conferir maior importância possível à reparação dos danos. Nota-se assim dentro do âmbito penal, o retorno do 'contratualismo', que entendemos ser salutar, enquanto respeitados alguns limites, porque atende aos interesses da vítima (reparação civil), da comunidade (menos custo), do infrator (favorecendo sua ressocialização), da própria justiça (agilização) etc. (GOMES, 2011, p. 484)

A aplicação do artigo 387, IV, depende de requerimento do Ministério Público para condenação do denunciado à reparação civil da vítima na denúncia, para que o pedido seja submetido ao contraditório e a ampla defesa, e somente poderá ser cabível nos fatos ocorridos após a vigência da Lei 11.719/2008, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ):

PENAL. RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO. REPARAÇÃO PELOS DANOS CAUSADOS À VÍTIMA. ART. 387, IV, DO CPP. PEDIDO FORMAL E OPORTUNIDADE DE PRODUÇÃO DE CONTRAPROVA. AUSÊNCIA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA. RECURSO DESPROVIDO.

I. O art. 387, IV, do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei 11.719, de 20 de junho de 2008, estabelece que o Juiz, ao proferir sentença condenatória fixará um valor mínimo para a reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido.

II. Hipótese em que o Tribunal *a quo* afastou a aplicação do valor mínimo para reparação dos danos causados à vítima porque a questão não foi debatida nos autos.

III. Se a questão não foi submetida ao contraditório, tendo sido questionada em embargos de declaração após a prolação da sentença condenatória, sem que tenha sido dada oportunidade ao réu de se defender ou produzir contraprova, há ofensa ao princípio da ampla defesa. IV. Recurso desprovido. (STJ, REsp 1185542/RS, Rel. Ministro GILSON DIPP, 5ª Turma, julgado em 14/04/2011, DJe 16/05/2011)

Essa forma de reparação adotada no Brasil, em que a sentença penal fixa valor mínimo de reparação, permite ao ofendido executar o valor e, além disso, entrar com outra ação para liquidação do dano, pleiteando valor maior do que foi fixado na sentença penal.

Vejam que poderá haver três ações judiciais: a primeira é a ação penal que vai condenar o sentenciado e fixar o valor mínimo de reparação, a segunda é a ação de execução *ex delicto* que executa o valor fixado na sentença penal, a terceira é a

ação de liquidação que almeja valor maior do que foi fixado na sentença penal de reparação⁴⁴.

Em suma, o artigo 384, inciso IV, não ajudou a vítima. Talvez a intenção do legislador tenha sido nobre, entretanto, na prática forense, esse valor mínimo de reparação dá margem a mais uma ação judicial de liquidação, fazendo com que a vítima de crime tenha transtorno ainda maior, mais demora, mais gastos, além de outro processo judicial para obter sua simples reparação.

Na prática, o sistema atual de reparação gera inconformismo, veja como funciona: uma pessoa foi vítima de crime, a princípio tem contato com o sistema policial e depõe, faz exame de corpo de delito, reconhecimento do ofensor (neste momento, pode ser exposta na mídia); depois tem contato com o sistema judiciário para depor (quantas vezes for necessário), participar de acareações etc.; por conseguinte, após a sentença transitada em julgado, deve contratar advogado, pagar custas de processo e executar o valor fixado na sentença; e pode ainda, como se não bastasse, tentar pleitear valor maior do que foi fixado e, quando for depor, produzir prova novamente e buscar outra sentença.

Como foi exposto pelo professor Aury Lopes Jr., trata-se de uma utilização cível da justiça penal. Se a sentença penal fixasse o valor integral da reparação, fazendo trânsito em julgado no civil, estaríamos diante do sistema de adesão, o que iria favorecer à vítima de crime, além de ter menos processos em trâmite no judiciário, aproveitamento das provas produzidas pelo MP etc⁴⁵.

Como foi estudado no capítulo 1 desta monografia, a exposição da vítima ao funesto sistema policial e judiciário, despreparados para atender aos anseios do vitimizado, causa vitimização secundária. Como o novo artigo 384, IV, do CPP abre a possibilidade de uma nova ação judicial de liquidação, aumenta-se consequentemente a exposição do vulnerável no judiciário, aumentando, assim, a possibilidade de vitimização secundária.

Conclusão: o artigo 384, IV, do CPP pode ser considerado inconstitucional porque fomenta a vitimização secundária, ofendendo o direito à honra, à imagem, à saúde, à segurança, todos previstos no artigo 5º da CF, e à dignidade da pessoa

⁴⁴. Isso sem prejuízo da segunda pretensão e a terceira serem feitas em uma ação só, onde se liquida tudo e depois executa o valor fixado na sentença penal junto com a liquidação, nessa hipótese o processo vai demorar ainda mais pois não poderá ser usado o rito da execução de título judicial, diante da necessidade de liquidação.

⁴⁵ Vide vantagens dos sistemas de reparação no tópico 3.4.

humana, previsto no artigo 1º, III, da CF. Será também inconstitucional quando o juiz penal fixa a reparação sem ter requerimento na denúncia, quando afronta o princípio do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, todos do artigo 5º da Constituição Federal.

Por outro lado, a vantagem do artigo 384, IV, do CPP é a possibilidade de permitir o encerramento da ação penal já com valor de reparação fixado, que poderá ser executado como título executivo judicial sem necessidade de dilação probatória. Mas, como não há trânsito em julgado em relação à reparação na sentença penal, fatalmente o ofendido entrará com outra ação pleiteando mais dinheiro, afinal mais dinheiro é o que busca o ser humano inserido na sociedade de consumo.

Por fim, o sistema de reparação das vítimas de crime no Brasil é antigo, havendo alterações legislativas boas e ruins ao longo do período de redescobrimto da vítima, estando ainda carente de evolução. A seguir, para deixar o estudo da reparação ainda mais completo, segue os comentários sobre a Lei 9099/95 e, ao final, as recomendações da Resolução 40/34 da ONU que o Brasil ainda não buscou a efetivação.

3.6 A Lei 9099/95 e o novo modelo consensual de justiça criminal

Impossível falar de inovação processual penal no Brasil em razão da fase de "redescobrimto da vítima de crime" sem falar na Lei 9099/95, a chamada "Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais".

Trata-se de verdadeira mitigação ao princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, o rito sumaríssimo (mais célere) previsto na mencionada lei permite que a reparação da vítima acarrete a extinção da punibilidade do ofensor, considerando a reparação do ofendido verdadeira missão do processo.

É aplicado nos crimes de menor potencial ofensivo, com pena máxima não superior a dois anos, e tem como princípios: simplicidade, informalidade, oralidade, economia e celeridade, tendo como objetivo buscar sempre a conciliação ou a transação, segundo o artigo 2º⁴⁶.

Diante dos mencionados princípios da conciliação e transação, os juizados especiais são considerados um "modelo consensual de justiça criminal". Não se trata

⁴⁶ Art. 2º O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação.

de descriminalização, mas de despenalização, pois o crime é considerado, o que sofre mitigação em razão da reparação do dano é a pena.

Esse modelo é considerado inovador por romper o antigo modelo criminal de prisão, e considera a vítima como detentora de direitos, uma vez que satisfeito o seu interesse (reparação), o estado perde o interesse em punir o ofensor, suspendendo ou extinguindo o processo⁴⁷. No mesmo sentido, a doutrina traz que:

Impõe-se ressaltar, desde logo, a reviravolta provocada por essa nova 'filosofia' político-criminal. Em lugar de a atividade jurisdicional penal servir única e exclusivamente aos interesses coligados com a pretensão punitiva estatal, a orientação agora é outra: nas hipóteses mencionadas [pena máxima até 2 anos], sobressaem como mais relevantes os interesses da vítima. A reparação do dano, na hipótese enfocada, é o *quantum satis* para a resposta estatal. Entendeu-se que só ela é suficiente para afastar a necessidade de qualquer sanção penal. Isso significa colocar o direito penal como *última ratio* do sistema. (GOMES, 2011, p. 465, grifo do autor).

São fundamentos do modelo consensual de justiça criminal: a oportunidade ou *discricionariedade regrada*, em que o MP, nas hipóteses previstas em lei, pode propor alguma medida alternativa dispondo da ação penal pública. Outro princípio é o da *autonomia da vontade*, em que a aceitação do acusado é condição para a solução conciliatória do conflito penal. Por fim, a *desnecessidade da pena de prisão*, diante das penas de curta duração, torna-se mais recomendável que o autor do fato cumpra certas condições, entre elas a reparação da vítima. (GOMES, 2011, p. 471).

A referência legal pilar deste novo modelo, em que privilegia a reparação da vítima e afasta a necessidade de pena privativa de liberdade, é o artigo 89 da Lei 9099/95, que permite a suspensão condicional da pena:

Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena

§ 1º Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições:

- I - reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo;
- II - proibição de freqüentar determinados lugares;

⁴⁷ Art. 74. A composição dos danos civis será reduzida a escrito e, homologada pelo Juiz mediante sentença irrecorrível, terá eficácia de título a ser executado no juízo civil competente. Parágrafo único. Tratando-se de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada à representação, o acordo homologado acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação.

- III - proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz;
- IV - comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

Como visto, são requisitos para a suspensão condicional da pena que o crime tenha pena mínima não superior a um ano, o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime (primariedade), presentes os requisitos da suspensão condicional da pena⁴⁸. Requisitos cumpridos, o MP pode propor em denúncia a suspensão de dois a quatro anos do processo, e ao final a extinção da punibilidade.

Tal medida não estigmatiza o autor do fato com uma sentença penal, não gera reincidência, não admite a prisão, impedindo o início de uma possível "carreira penal", é favorável a ressocialização e, além de tudo, atende ao interesse reparatório da vítima. Trata-se de uma lei que ilustra o redescobrimto da vítima de forma humanitária e moderna.

Importante mencionar, também, que esse modelo consensual de justiça criminal, instituído pela lei 9099/95, atende parte das recomendações da Resolução 40/34 da ONU, a Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder – 1985, em especial o item 4 e 5 que seguem:

- 4. As vítimas devem ser tratadas com compaixão e respeito pela sua dignidade. Têm direito ao acesso às instâncias judiciárias e a uma rápida reparação do prejuízo por si sofrido, de acordo com o disposto na legislação nacional.
- 5. Há que criar e, se necessário, reforçar mecanismos judiciários e administrativos que permitam às vítimas a obtenção de reparação através de procedimentos, oficiais ou oficiosos, que sejam rápidos, eqüitativos, de baixo custo e acessíveis. As vítimas devem ser informadas dos direitos que lhes são reconhecidos para procurar a obtenção de reparação por estes meios.

No mesmo sentido é a opinião de Luiz Flávio:

o modelo consensual brasileiro, introduzido pela Lei 9099/95, é um dos mais audaciosos programas político-criminais contemporâneos e está em perfeita sintonia com o vários postulados da Declaração sobre os Princípios Fundamentais de Justiça para as vítimas de delito e abuso de poder, aprovada pela Assembleia-Geral da ONU em 19 de novembro de 1985, pela Resolução 40/34. (GOMES, 2011, 474-475).

⁴⁸ São requisitos para a suspensão condicional da pena segundo o artigo 77 do CP: I - o condenado não seja reincidente em crime doloso; II - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício; III - não seja indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44 desse Código.

3.7 Recomendações da Resolução 40/34 da ONU sobre a reparação dos danos que ainda não foram adotadas no Brasil

Da mesma forma que foi feito no final do capítulo 2, quando foram expostas as recomendações da Resolução 40/36 da ONU, que ainda não foram adotadas pelo Brasil pertinentes à persecução penal, agora cumpre apontar a omissão do Brasil pertinente à reparação dos danos.

Esse momento de "redescobrimto da vítima" ainda tem muito o que influenciar na legislação brasileira, essa recomendação, que será estudada, é claro exemplo de medida que já poderia ter sido implementada a muito tempo, e só não existe por inércia do poder legislativo. Trata-se da **criação de fundos nacionais de indenização às vítimas de crime**. Veja que o que recomenda os itens 12 e 13 da Resolução 40/36 da ONU:

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

a) Às vítimas que tenham sofrido um dano corporal ou um atentado importante à sua integridade física ou mental, como conseqüência de atos criminosos graves;

b) À família, em particular às pessoas a cargo das pessoas que tenham falecido ou que tenham sido atingidas por incapacidade física ou mental como conseqüência da vitimização.

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

O Fundo de Amparo às Vítimas de Crime, sustentado pelo estado e por outros meios alternativos, é, sem dúvidas, uma medida excepcional que funcionaria no Brasil, e iria contribuir sobremaneira no amparo do vulnerável vitimizado.

São inúmeras obras acadêmicas que mencionam a necessidade da criação desse fundo de amparo às vítima de crime no Brasil. Já foi inclusive implementado em diversos países da União Europeia, destaque para Itália, França, Alemanha, Bélgica e Espanha, como leciona Luiz Flávio (GOMES & MOLINA, 2010, p. 482):

Muitas vezes, no entanto, não basta a fixação da obrigatoriedade de reparação dos danos, que pode ser impossível em razão das condições financeiras do condenado. Urge que o estado, de modo subsidiário nestas hipóteses, assuma essa obrigação, criando-se um fundo *ad hoc*, que pode ser alimentado com o dinheiro das penas de multa, seja para a reparação

provisória dos danos, enquanto o processo está em curso, seja para a definitiva, quando o condenado é insolvente. Com isso estar-se-ia não só cumprindo o disposto no artigo 245 da CF, mas também acompanhando o exemplo de países como Bélgica, França, Itália, Alemanha e Espanha, que já contam com alguns Programas de reparação dos danos causados às vítimas de delitos.

Veja que Luiz Flávio se posiciona no sentido da criação do fundo de amparo às vítimas de crime e da necessidade desse fundo ser acionado de forma subsidiária, ou seja, quando o ofendido não puder ser reparado pelo condenado.

Em que pese a opinião do autor, o melhor entendimento é a possibilidade do fundo ser acionado em todos os casos que houver prejuízo à vítima, independentemente da condição do ofensor de reparar o dano, pois assim o fundo seria mais efetivo, e não dependeria de investigação da condição financeira do ofensor.

A maioria dos artigos acadêmicos sobre o assunto tem um argumento em comum, que é a mudança na destinação dos valores arrecadados com multas penais do fundo penitenciário ao fundo de assistência à vítima de crime. Sobre o assunto, destaque para o artigo "*reparação do dano no direito penal brasileiro - perspectivas*", de autoria de Vladimir Brega Filho:⁴⁹

Ocorre que a obrigação de cuidar do sistema penitenciário deve ser atribuída ao Estado, não sendo razoável que as multas pagas pelos acusados e sentenciados sejam destinadas a esse fim. Muito melhor do que um Fundo Penitenciário, é a constituição de um Fundo de Reparação à vítima. A nosso ver, este é o caminho da evolução e a perspectiva é de um sistema garantidor da reparação do dano. Somente com a constituição de um Fundo de Reparação à vítima, o Estado dará resposta eficaz à população que exige um sistema adequado, e que garanta o ressarcimento do dano causado pela criminalidade, pois em última instância é o Estado quem deve garantir a segurança da população.

Importante destacar que em 2003, o Senado Federal criou o Projeto de Lei nº 269 da relatoria do Senador José Sarney, que visava regulamentar o artigo 245 da Constituição Federal, que, além de outros direitos à vítima de crimes violentos, criava, no âmbito do Ministério da Justiça, o Fundo Nacional de Assistência às Vítimas de Crimes Violentos (FUNAV)⁵⁰.

Esse projeto de lei permite que o FUNAV seja acionado por vítimas de crimes dolosos determinados em um rol taxativo constante no próprio projeto. O projeto

⁴⁹ <http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/DanoDireitoPenal.pdf>,

⁵⁰ A situação do Projeto de Lei Senado nº 169 / 2003, na data de 02/11/2013, em consulta realizada no site <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=59360>, que encontra-se na câmara dos Deputados para votação desde maio de 2004.

altera a destinação do dinheiro arrecadado com multas penais do fundo penitenciário para o FUNAV.

4 CONCLUSÃO

O estudo da vítima de crime é muito atraente tendo em vista seu potencial acadêmico, uma vez que abrange diversas áreas de conhecimento, como o direito penal, criminologia, direito processual, sociologia e outros. A relevância prática desse estudo também é cristalina, pois esse personagem, em regra infeliz, é visto com muita frequência nos fóruns e noticiários jornalísticos do dia a dia.

Segundo os autores Gomes, Fernandes, Beristain, entre outros, a vitimologia moderna tem duas grandes propostas: um sistema penal mais comunicativo e mais reparatório; com base em tais pressupostos, a monografia foi elaborada. A análise do momento histórico e a vitimologia foram estudados no capítulo primeiro, a comunicação do sistema penal com a vítima, no capítulo segundo, e, por fim, a reparação da vítima de crime, no capítulo terceiro.

No capítulo 1, como dito, foram analisados os momentos históricos do estudo da vítima e o porquê de estamos vivendo o momento de redescobrimto da vítima, que agora é amparada pelos direitos humanos e detentora de voz e direitos que devem ser reconhecidos e efetivados.

Foi estudada também a ciência da vitimologia, seu objeto, conceitos, classificação, tipologia das vítimas, a vitimização primária, secundária e terciária. Foi um capítulo propedêutico necessário para o aprofundamento que se propôs nos capítulos seguintes.

Destaque do primeiro capítulo para a vertente doutrinária da vitimologia que estuda vítima como causadora do crime ou influenciadora, que pretende diminuir a pena do ofensor ou isentá-la, a depender do caso. *Data vênia* aos adeptos dessa corrente, pois não concordamos. A vítima de crime é uma figura vulnerável que merece a proteção e tutela do estado e da coletividade, não havendo qualquer conduta/ circunstância/ comportamento que justifique o cometimento do crime, com exceção dos já tipificados na lei penal.

No capítulo 2, foi analisado o contato da vítima de crime com o sistema penal, abrangendo a fase policial e processual penal. Conclui-se que houve evolução do sistema penal com relação à vítima de crime, considerando que, na época da criação dos códigos penal e processo penal, não havia qualquer atenção voltada para ela.

O artigo 271 do CPP alterado pela Lei 11.690/2008 foi uma excelente iniciativa do legislador e está em total harmonia com a declaração sobre os princípios fundamentais de justiça para as vítimas de delito e abuso de poder. Foi um grande passo na consagração dos direitos dos vitimizados. Entretanto, não se vê grande efetividade na *práxis* (centros de atendimento multidisciplinar, hospitais, informações sobre o processo etc.).

Além das políticas públicas necessárias que demandam recursos públicos e pessoal especializado, há também medidas simples que são possíveis de serem implementadas em delegacias e centros de amparo à vítima e podem colaborar com os vitimizados e evitar traumas, como, por exemplo, a cartilha de direitos e a disponibilização da estrutura da polícia, entre outras medidas. Com uma boa gestão administrativa e vontade política muito pode ser feito sem gastos significativos.

No último capítulo, o foco foi a reparação da vítima de crime. Foi visto que o Brasil adota o sistema da independência (ou separação), embora efetivo, não é o melhor sistema sob o ponto de vista da economia processual, celeridade e dignidade da vítima.

Da forma em que está hoje, o ofendido tem que participar, a depender do caso, de no mínimo dois ou três processos para ser indenizado, e isso gera vitimização secundária. Portanto, para nós, o melhor sistema é o da adesão.

O destaque dessa conclusão para o capítulo 3 é com relação a criação de um fundo de amparo às vítimas de crime que é recomendado pela Resolução 40/34 da ONU. Já existe em vários países, mas ainda não existe no Brasil; para nós, por razão de uma inércia do legislador.

Por fim, conclui-se que exigir que a vítima participe de mais de um processo para ser reparada, exigir que busque indenização exclusivamente de seu ofensor e não lhe garantir uma recepção digna no sistema penal é o mesmo que desampará-la.

Em razão da justiça social e da dignidade humana, a vítima deve ser melhor vista, tratada, respeitada e redescoberta. O início dessa tutela é efetivar as recomendações da ONU, evoluir o sistema penal interno e as políticas públicas. Só assim, talvez, será possível amparar a pessoa que sofreu com a resposta criminal da sociedade.

5 REFERÊNCIAS

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

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 9ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

ASSIS, Araken de. *Eficácia Civil da Sentença Penal*. 2Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antônio Garcia Pablos de. *Criminologia: Introdução a seus fundamentos teóricos: introdução às bases criminológicas da Lei 9099/95, lei dos juizados especiais criminais*. 7Ed, reform. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 463-490.

DECLARAÇÃO dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder, Resolução 40/34 ONU. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direitos-Humanos-na-Administra%C3%A7%C3%A3o-da-Justi%C3%A7a.-Prote%C3%A7%C3%A3o-dos-Prisioneiros-e-Detidos.-Prote%C3%A7%C3%A3o-contra-a-Tortura-Maus-tratos-e-Desaparecimento/declaracao-dos-principios-basicos-de-justica-relativos-as-vitimas-da-criminalidade-e-de-abuso-de-poder.html>>. Acesso em 12 de set. 2013, 20:00:00.

SÉGUIN, Elida; KOSOVSKI, Ester. *Temas de Vitimologia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p 1-97.

AVENA, Noberto. *Processo Penal Esquematizado*. 4Ed. Rio de Janeiro: Método, 2012.

JORGE, Alline Pedra. *Em busca da satisfação dos direitos da vítima*. 2002. 165 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Pernambuco, 2002. Disponível em: <<http://www.liber.ufpe.br/teses/arquivo/20030711152749.pdf>>. Acesso em: 30 de set. 2013, 14:30:00.

MOLINA, Antonio Garcia-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio (1997). *Criminologia*. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

OLIVEIRA, Ana Sofia Schimdt. *A vítima e o direito penal: uma abordagem do movimento vitimológico e de seu impacto no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004, p. 15-72

TOURINHO FILHO, Fernando da costa. *Manual de Processo Penal*. 13Ed. São Paulo: Saraiva: 2010.

PROJETO de Lei 269 de 2003. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=59360>. Acesso em 02 de nov. 2013,17:15:00.

AQUINO, Leandro Salerno Leyser de. *A evolução histórica da Vitimologia*: 2013. Disponível em: <<http://www.epd.edu.br/artigos/2012/05/vitimologia>>. Acesso em: 17 de nov. 2013, 15:00:00.

BERISTAIN, Antônio. *A Nova criminologia à luz do direito penal e da vitimologia*. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 2000, p. 69-126.

RESEK, Francisco. *Direito Internacional Público, curso elementar*. 12Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 225-231.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito penal Parte Geral, Volume I*. 12ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.