A Justiça Restaurativa: um resgate, ainda que tardio, das vítimas de delitos

Selma Pereira de Santana
Promotora de Justiça Militar
Doutora e Mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
Professora Adjunta da Faculdade de Direito da UFBA

1. INTRODUÇÃO

Assistimos, nos últimos anos, à mercê de um fantástico avanço tecnológico, a um processo acelerado de transformações que provocaram a criação de um novo paradigma social, marcado pela extraordinária capacidade de expansão e pela alta voltagem político-social. À latere, e como fatal resultado, nesse novo tipo societário desenvolveram-se também "novas" formas de criminalidade. A paisagem e o ambiente que marcam essa sociedade, ante a nova onda que se agita no mar social, é a criminalidade, e, por consequência, o medo ou o temor. A globalização é o seu cenário.

É certo que o processo globalizador[1] não se instalou subitamente, como sempre ocorre no aparecimento de novos fenômenos sociais. Quando as condições se tornaram favoráveis, a globalização surgiu, criando um poder econômico globalizado, sem que exista uma sociedade global, tampouco, organizações internacionais fortes, e, menos ainda, um Estado global. Devido à circunstância de a globalização significar, na essência do fenômeno, a ausência de Estado mundial, ou melhor, de uma sociedade mundial sem Estado mundial e sem governo mundial, assistimos à difusão de um capitalismo globalmente desorganizado, em que inexiste poder hegemônico, regime internacional, seja econômico, seja político[2]. É um novo momento de poder planetário. Trata-se de uma realidade que chegou e que, como as anteriores, é irreversível.

[1] ALBERTO SILVA FRANCO, RPCC, p.183/228.

[2] ULRICH BECK, Qué es la globalización? p. 32 (apud ALBERTO SILVA FRANCO, RPCC, p. 190).

Foi, contudo, o modelo globalizador que fez nascer novas formas de criminalidade, caracterizadas exatamente por serem supranacionais, organizadas, isto é, por possuírem uma estrutura hierarquizada e permitirem a separação tempo-espaço entre a ação das pessoas que atuam no plano criminoso e a danosidade social provocada.

O crime adquiriu uma grande capacidade de diversificação, organizando-se estrutural e economicamente para explorar campos diversos, como crimes econômicos e financeiros, crimes ligados à tecnologia, crimes contra o ambiente, crimes de tráfico internacional de substâncias entorpecentes, de armas, de pornografia, de prostituição de menores, de terrorismo, de contrabando, de comércio de pessoas ou de partes do corpo, de espionagem industrial, de evasão fiscal, dentre outros.

A criminalidade é marcada pelo alto poder de corrupção-contaminação das relações econômicas lícitas e da organização do ponto de vista estrutural[3].

Nesse cenário, o da globalização, as grandes construções institucionais e a concentração de poder provocam o declínio dos Estados e um mundo diferenciado, onde proliferam as redes. A criminalidade deixa de situar-se à margem da sociedade, já que está em todo o lado, sendo o seu maior flagelo a criminalidade organizada, a principal responsável por uma política criminal que tende a reduzir-se a uma "política criminal de segurança".

A repressão da criminalidade organizada e o apoio, na opinião pública, que essa repressão merece caucionam uma repressão muito abrangente. A mistura de dois tipos de criminalidade, a organizada e a de massa, vicia os dados da política criminal. O consenso obtido na luta contra a criminalidade grave permite justificar um endurecimento cego e generalizado da punição. A criminalidade grave, de feitos danosos, incita um discurso de encurtamento de direitos, liberdades e garantias do delinquente, dando a entender que é inconciliável o respeito pelos direitos fundamentais com a eficácia da perseguição desse tipo de criminalidade. Nesse cenário, o apelo à intervenção socializadora do Estado sobre o delinquente ou a invocação dos direitos fundamentais afigura-se como algo anacrônico e pueril. A política criminal tende a reduzir-se, como já fora afirmado, a uma "política de segurança".

[3] De acordo com SILVA SANCHEZ, criminalidade organizada, criminalidade internacional e criminalidade de poderosos são, provavelmente, as expressões que melhor definem os traços gerais da delinquência da globalização (Revista Brasileira de Ciências, p. 69).

Assiste-se a uma redefinição da função do Estado, que se retira paulatinamente da área econômica, e afirma-se a necessidade de reduzir o seu papel socializador e o de alargar, endurecendo-a, a intervenção penal. A segurança, definida em termos físicos, emerge como prioridade da ação pública. Esvai-se, pois, a política do Estado providência.

Por essa razão, é certo afirmar, em relação, sobretudo, à criminalidade interna, que nunca, como agora, atuou tanto o poder repressivo. Em lamentável contraponto, enquanto no âmbito dos direitos basicamente sociais e econômicos se vive um período marcado pela desregulamentação, pela deslegalização e pela desconstitucionalização, no âmbito do ordenamento penal interno ocorre uma situação exatamente oposta, marcada por uma intensa criação de novos tipos penais, pelo enfraquecimento do princípio da legalidade, por meio do recurso a normas com conceitos imprecisos, e pela ampliação do rigor das penas, como se essas medidas tivessem força para coibir da delinquência os excluídos do sistema globalizado.

No entanto, pede-se eficácia ao sistema da justiça penal e abre-se espaço ao sacrifício dos direitos e liberdades fundamentais em razão do combate à criminalidade.

Em diagnose sociopolítica, transparece nitidamente que o Estado se revela tímido e temeroso em relação à criminalidade transnacional, embora duro e inflexível quanto à criminalidade de massa.

Diante dessa perspectiva, como atuar? Que direcionamento deve ser seguido? Entendemos que a solução se dirige por dois caminhos: o primeiro seria a busca de formas de uma política criminal comum[4], haja vista a evidência de que os sistemas penais, individualmente considerados, são inoperantes para responder aos desafios apresentados pela nova criminalidade; o segundo, não dar cobertura a uma "política criminal de segurança" em detrimento de uma "política criminal de liberdade".

[4] "O que se vem dizer é que os mais recentes desenvolvimentos em matéria de iniciativas legislativas ao nível europeu ultrapassam a 'visão estreita' da soberania nacional e demonstram que se está perante a emergência de uma política criminal comum. Falta, todavia, um 'pensamento' sobre o penal. Falta, dito de outro modo, o travejamento de uma política criminal européia. (...). Vem-se denunciando ao projecto da União Européia, no domínio da justiça penal, o carácter 'prioritariamente repressivo', que faz 'primar o objectivo da segurança sobre o da liberdade'" (ANABELA RODRIGUES, Liber Discipulorum, p. 223/224).

Fatores como a massificação da criminalidade e uma nova criminalidade abriram caminhos a reformas que se lastreiam em propostas opostas: de um lado, a que procura dar maior ênfase às garantias individuais, associada a modelos políticos democráticos; de outro, a necessidade de uma maior eficácia da luta contra o crime.

A eficácia e proteção dos direitos fundamentais continuam a ser pólos de uma tensão que alimenta as diferentes formas de realização da Justiça. No entanto, a proteção dos direitos fundamentais, obtida à luz do valor "segurança", obriga a reencontrar novos equilíbrios para essa polarização. Para isso, é necessário continuar a se fazer a síntese do conflito garantia-eficácia nos quadros do Estado de Direito.

Para a autora, a solução encontra-se em atribuir ao Direito Penal a função exclusiva de proteção subsidiária de bens jurídicos"[5]. Trata-se de assumir os princípios político-criminais da "intervenção mínima" e da "ultima ratio", que informam uma política criminal racional. Ou, na lição de FIGUEIREDO DIAS[6]: "Uma política criminal que se queira válida para o presente e o futuro próximo e para um Estado de Direito material, de cariz social e democrático, deve exigir do direito penal que só intervenha com os seus instrumentos próprios de actuação ali, onde se verifiquem lesões insuportáveis das condições comunitárias essenciais de livre realização e desenvolvimento da personalidade de cada homem".

Isso significa que, se o Direito Penal não constitui resposta para os problemas sociais, ele não deve demitir-se[7] ou ausentar-se de intervir perante as novas formas de criminalidade, sob pena de introduzir-se, na realização da justiça

[5] "É necessário, efetivamente, que o Direito Penal do futuro se ocupe em hipótese – e com particular atenção – dos fatos ilícitos que se enraízam no mundo político e dos negócios, dos atentados ao meio ambiente, dos delitos econômicos e tributários (MARINUCCI-DOLCINI), ou bem é possível cultivar a contraposta perspectiva 'reducionista' (HASSEMER; BARATTA; FERRAIOLI), orientada, por exemplo, ao 'Direito Penal mínimo', ao contextual potenciamento do Ordnungswidrigkeitenrecht e à criação de um direito da intervenção (Interventionsrecht)?" (NICOLA MAZZACUVA, Crítica y justificación, p. 236).

[6] RMP, p. 77.

[7] FIGUEIREDO DIAS, Questões Fundamentais, p. 74.

penal, uma seletividade[8] que poderia aproximá-la de um Direito Penal para os "novos" perigosos.

[8] GÜNTHER JAKOBS, por meio de trabalho apresentado em um congresso de professores alemães de Direito Penal, realizado em 1985, na cidade de Frankfurt, tornou conhecida a noção do "Direito Penal do Inimigo". Mais recentemente, há cerca de um ano e meio, na Espanha, publicou um livro intitulado Derecho Penal del Enemigo. Em face disso, hoje é lugar comum os críticos de Jakobs situarem-no como defensor de um modelo autoritário de Direito Penal. Assim, o "Direito Penal do Cidadão" aplicar-se-ia à média e baixa criminalidades, enquanto o "Direito Penal do Inimigo", à criminalidade mais complexa ou altamente organizada. O primeiro destinar-se-ia aos "delinquentes cidadãos" integrados ao Estado, que aceitassem a "autoridade da norma" jurídica e, como tal, fossem sensíveis à mensagem pedagógica e reintegradora da pena. O segundo dirigir-se-ia aos "delinquentes inimigos", que negam tudo isso e que não aceitam a autoridade do Estado ou da Lei. Em suma, o "Direito Penal do Cidadão" visaria aos criminosos "normais ou vulgares", enquanto o "Direito Penal do Inimigo" visaria aos delinquentes "profissionais", compulsivos ou ideológicos. As bases filosóficas do "Direito Penal do Inimigo" foram buscadas no pensamento de Rousseau, Kant, Fichte e Hobbes, para justificar que certos indivíduos, ao praticarem certos delitos, quebrariam o contrato social ou de cidadania e, portanto, não poderiam ser tratados como cidadãos, mas como inimigos. Quem comete, de forma permanente, determinados crimes que ameaçam o Estado e a sociedade não poderá esperar ser "castigado como um súdito", mas, antes, ser eliminado como um inimigo. As principais consequências do "Direito Penal do Inimigo", de JAKOBS, incidem, nomeadamente, ao nível dos direitos e garantias dos arguidos, uma vez que surgiria um "Direito Processual Penal do Inimigo" e um "Direito Processual Penal do Cidadão". Ao delinquente cidadão deverá aplicar-se o clássico direito processual penal, com todas as suas garantias. Contudo, para o delinquente inimigo, deverá flexibilizar-se o princípio da legalidade, reforçar-se as medidas cautelares e preventivas, endurecer-se as penas e a reclusão, atenuar-se os direitos e garantias dos arguidos, incentivar-se a denúncia, recompensar-se a colaboração dos arrependidos, restringir-se ou violar-se os sigilos legalmente protegidos, etc. O valor fundamental é a segurança, e não exatamente a justiça. FIGUEIREDO DIAS, manifestando-se sobre o tema, sustenta que se está outra vez perante a ideia de pôr pessoas fora do gênero humano, pessoas a quem se tiram a própria personalidade, dizendo que não merecem a proteção da ordem jurídica. Para ele, tal teoria é inadmissível e quase incompreensível, pois uma pessoa que cometa um crime, seja ele qual for, deve ser julgada como criminosa, e não abatida como um inimigo. Por seu turno, FARIA COSTA considera que a teoria de JAKOBS mais não é do que o fecho de uma tendência doutrinária que, de há muito, concebe um Direito Penal a "duas velocidades". Com ela, abandona-se a matriz de um Direito Penal liberal, de um Direito Penal de garantia, que teve o berço nesse tempo único: a Ilustração. E acrescenta que são os ventos fortes, fortíssimos, do outro lado do Atlântico, a quererem a todo o custo implantar o seu "law and order", concluindo que o que parece dramático é não haver resistência, e que a primeira brecha tenha sido aberta justamente no campo do pensamento penal alemão (ANTONIO MARINHO, Expresso, p. 52/53). Sobre o tema, ver GÜNTHER JAKOBS, Derecho Penal del Enemigo, e ALEJANDRO APONTE, RBCCRim, p. 9/43. De acordo com ESER, essa indiferença da contemplação limitada à lesão da norma produz ainda mais estremecimento quando se observa a fronteira traçada por Jakobs entre o cidadão no âmbito de um Direito Penal de um Estado de Direito e os inimigos do sistema. A circunstância de os inimigos não serem considerados "como pessoas" é um dado que já conduziu à negação do Estado de Direito. (La Ciencia, p.472)

Assim, por exemplo, o sistema punitivo deveria repousar na ideia de que a pena privativa de liberdade constitui a "ultima ratio" da Política Criminal, e deve ficar reservada para a criminalidade mais grave. No que se refere à ação penal, deve-se optar por um regime processual diferenciado (soluções diferenciadas, céleres e consensuais, por um lado, e formais e ritualizadas, por outro, para fenômenos criminais diferenciados), advertindo-se, contudo, que, em qualquer nível da intervenção penal, a solução há de passar sempre pela afirmação dos direitos fundamentais.

Nesse cenário, assiste-se ao surgimento de uma tendência consensualista na justiça penal, que, embora não seja alheia ao movimento de expansão dos direitos fundamentais, obedece a uma lógica racionalizadora e de eficácia.

O momento atual e o que se avizinha é o momento de permitir inovações capazes de tornar a Justiça mais eficaz e menos dispendiosa, como, por exemplo, admitindo-se a reparação[9], como terceira via do Direito Penal, ao lado das penas e das medidas de segurança, renovando-se soluções de diversão[10], implantando-se e ampliando-se o uso da mediação.

Todavia, nesse quadro de desafios existe um conjunto de ideias marcado por vetores essenciais em que se realça a defesa da eminente dignidade da pessoa humana e se atribui ao Direito Penal a função exclusiva de proteção subsidiária de bens jurídicos.

---

[9] CLAUS ROXIN, Neue Wege der Wiedergutmachung, p. 367/375.

[10] "No direito penal mais nuclear e, sobretudo, em relação aos delitos mais cotidianos (pequenos delitos contra a propriedade, patrimônio, lesões, injúrias, danos, ameaças...), existe uma necessidade de controle crescente, que poderá, inclusive, aumentar se continuarem a debilitar, ainda mais, os mecanismos informais de controle social, como conseqüência de tendências como a concentração de pessoas nas grandes cidades, o individualismo, o anonimato e o enfraquecimento dos deveres mais tradicionais. A solução atual e seguramente futura desse problema radica em manter a presença do Direito Penal, porém, configurando processos, através de distintas formas de diversão, e conseqüências jurídicas flexíveis e não tanto custosas" (LOTHAR KUHLEN, Crítica y justificación, p. 228). O mesmo autor considera como desafios jurídico-penais mais relevantes do nosso tempo a progressiva ampliação da proteção jurídico-penal a bens universais de difícil precisão; o enfraquecimento da imputação individual, por meio da responsabilidade por condutas relacionadas a organizações ou, inclusive, por exigência de responsabilidade da organização; a flexibilização das consequências jurídico-penais; a flexibilização do procedimento judicial, por meio da diminuição do princípio da legalidade; a progressiva importância dos acordos entre as partes no processo e a diminuição das formalidades deste (La Ciencia del Derecho Penal, p. 68/69).

O primeiro vetor vem a ser a ideia da "não intervenção". Ou seja, para um eficaz domínio e controle da criminalidade, o Estado e seu aparelho penal formalizado não devem fazer mais, porém, até menos. O Estado introduziu o arsenal penal em áreas nas quais não deveria intervir, e, ainda, sobre-utilizou a lei penal e as reações criminais, com resultados desastrosos, devido, sobretudo, à sua função estigmatizante[11]. Com a atuação que o Estado vem tendo, até então, ele terminou por produzir mais delinquência do que aquela que ele próprio é capaz de evitar[12].

Melhor do que uma não intervenção radical[13], uma não intervenção moderada ou judiciosa, em que assumem papel de extrema importância os movimentos de descriminalização e de diversão. O primeiro, partindo do pressuposto de

---

[11] Dessa ideia, partem alguns para defender a abolição do Direito Penal. O abolicionismo constitui o modo mais radical de afrontar a realidade do Direito Penal, entendido como potestade punitiva do Estado, exercida no marco de um conjunto de normas. Em sua versão mais radical, rechaça a existência do Direito Penal e propõe sua substituição por outras formas não punitivas de resolução de conflitos, a que denominamos "delitos". Um dado significativo é que sua aparição se tenha produzido fundamentalmente nos países nos quais a tendência predominante tenha sido a ressocializadora (Estados Unidos, Holanda e Escandinávia), e, sem dúvida, como uma reação ao fracasso desta. LOUK HULSMAN, por exemplo, defende a eliminação das noções de crime, de Direito Penal, de reações criminais, substituindo-as pelas categorias de "situações-problema" e de "respostas societárias diversificadas". (RBCCrim, p. 13/26, Conversações abolicionistas, p. 189/213).

[12] Para a perspectiva interacionista ou do *labeling approach*, a distinção entre atos criminosos e não criminosos não deve ser procurada nos próprios atos, mas no estigma atribuído pela sociedade a certos atos. São os próprios grupos sociais que criam a delinquência, ao instituírem regras cuja violação se transmuda em delinquência, ao aplicarem tais regras a grupos de pessoas e ao rotularem-nas de *outsiders*, desviantes ou delinquentes. Estudos empíricos realizados nos últimos anos demonstraram que, das pessoas que cometem atos legalmente definidos como desviantes, somente uma pequena parte é socialmente estigmatizada. A perspectiva interacionista defende que esse processo de seleção decorre de interações sociais nas quais o papel fundamental é desempenhado pelas instâncias de controle social, sejam elas formais, sejam informais. E, por outro lado, o processo de criação e de perecimento das normas criminais constitui uma etapa fundamental daquele processo de seleção, por meio do qual a sociedade estigmatiza o delinquente. Por essa razão é que o processo legal-social de criminalização e de descriminalização constitui um comando importante, e mesmo decisivo, de prevenção e controle da delinquência e de defesa da sociedade perante ela. A esse respeito, FIGUEIREDO DIAS ressalta que, seja qual for o relevo que caiba a outras instâncias, formais e informais, interventoras no processo de recrutamento (as polícias, os tribunais, as prisões, a família, a escola, os grupos sociais), o primeiro lugar pertence, sem dúvida, à lei criminal; aquele processo, em princípio, será permitido e comandado nos termos estabelecidos pela lei (Revista da Ordem dos Advogados, p. 72/73).

[13] Conforme FIGUEIREDO DIAS, Direito Penal Português, p. 64/68.

que, num Estado de Direito material, o Direito Penal somente pode intervir onde se verifiquem lesões insuportáveis das condições comunitárias essenciais de livre desenvolvimento e a realização da personalidade de cada homem. Isso significa que o Direito Penal não está legitimado a intervir em condutas que não violem o bem jurídico claramente individualizável, por mais imorais, a-sociais ou politicamente indesejáveis que sejam. E, mesmo que uma conduta viole um bem jurídico, os instrumentos jurídico-penais não devem ser utilizados, desde quando a violação possa ser satisfatoriamente controlada por instrumentos não criminais de política social; o segundo, procurando impedir o efeito estigmatizante da submissão ao sistema formal da Justiça Penal e, em particular, da aplicação das sanções criminais, abarca o conjunto de processos usados pelas instâncias formais ou informais de controle, com vistas a alcançar uma solução para os conflitos jurídico-penais fora do sistema formal de aplicação da Justiça Penal, afastando as pessoas daquele sistema e do corredor da delinquência, ou de parte dele.

Outros vetores são as ideias da descentralização dos subsistemas de controle e da participação dos membros da comunidade naqueles sistemas. Tanto a descentralização quanto a participação surgem como ideias de uma Política Criminal oficial, e não como respostas de natureza puramente societária, totalmente separada do sistema estadual da Política Criminal[14].

Como assevera FIGUEIREDO DIAS, isso significa a permissão de acesso das pequenas comunidades e comunidades intermediárias (privadas, semi-públicas, ou mesmo públicas, mas não estaduais) à realização de tarefas político-criminais específicas, mesmo dentro do sistema formal de controle, não só "porque o sistema estadual centralizado se encontra irremediavelmente sobrecarregado e precisa ser aliviado, mas porque concretas tarefas político-criminais há para desempenho das quais o Estado se não encontra na melhor posição, e pode ser substituído com vantagem por comunidades não estaduais"[15]. A ideia da participação dos membros da comunidade naqueles sistemas significa ultrapassar o aproveitamento da boa vontade dos particu-

[14] Sobre o tema, ver DELMAS-MARTY, Modelos e Movimentos.

[15] Direito Penal Português, p. 68: "O que está em causa é nada menos que descentralizar as tarefas da Política Criminal, conferindo competência para a realização de algumas delas a comunidades não estaduais e substituí-las, assim, na expressão de McClintock, uma Política Criminal ao macronível por políticas criminais diversificadas ao micronível."

lares e das suas atividades assistenciais ao Estado, para se tocar àquela outra, da chamada formalizada das pessoas individuais à participação, na execução de políticas criminais comunitárias.

Por essas razões, não é correto ver, nessas manifestações, a ocorrência de uma privatização do sistema de Política Criminal. Trata-se, na realidade, de conferir àquelas comunidades competência jurídica e de ação, para a realização de específicas tarefas político-criminais, bem como de reconhecer, às pessoas individuais, a pretensão de participar daquelas tarefas e incentivar o seu exercício. Exemplos dessa nova forma de compreensão podem ser observados em certos casos de participação da vítima nos processos formal e informal de reação e controle[16].

Por outro lado, a crescente politização do problema criminal, aliada à sua generalizada discussão, alargou substancialmente o foro da Política Criminal. A respeito, bem recorda LEFERENZ[17], que, para a Política Criminal, não se trata apenas de saber como se deve reagir, mas também e, principalmente, a quê se deve reagir.

Pressupostos essenciais da definição de um programa político-criminal são os seus princípios diretores, ou seja, aqueles que devam ser considerados como emanações do sistema jurídico constitucional democrático.

Os princípios diretores da Política Criminal de emanação jurídico-constitucional abrangem toda a matéria penal, ou todo o sistema penal, e não apenas a sua parte substantiva. São eles o princípio da legalidade, o da referência constitucional, o da culpabilidade, o da solidariedade (ou socialidade) e o da preferência pelas reações não detentivas.

Buscando fazer o enquadramento necessário para o tema, entendemos necessária a abordagem de um princípio que, conquanto não seja de direta emanação jurídico-constitucional, não deve ser omitido, exatamente em razão da sua importância, qual seja, o princípio vitimológico.

---

[16] Nesse sentido, FIGUEIREDO DIAS, Direito Penal Português, p. 70.

[17] "Kriminologie und Kriminalpolitik", em Kriminologische Gegenwartsfragen, 1968, p. 14 e ss. (apud FIGUEIREDO DIAS / COSTA ANDRADE, Criminologia, p. 106).

A vítima praticamente vinha sendo "esquecida" pela "ciência conjunta do Direito Penal"[18] e pelo Direito Processual Penal. O crime era visto como mero enfrentamento entre o seu autor e as leis do Estado, esquecendo-se de que, em sua base, há geralmente um conflito humano, gerador de expectativas outras bem distintas, além da mera pretensão punitiva estatal. Esse discurso deveria passar a refletir um caráter triangular das relações mútuas entre o Estado, o delinquente e a vítima, reclamando-se, mesmo, a criação de uma disciplina autônoma no conjunto das ciências penais: a Vitimologia[19].

Em muitos países, da Vitimologia derivou-se o Victim's Rights Movement.

O consenso, cujas fronteiras ultrapassa, cristalizou-se, outrossim, na Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power, da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 11 de dezembro de 1985, como, da mesma forma, e mais recentemente, na Decisão-quadro do Conselho da União Europeia[20], de 15 de março de 2001, relativa ao estatuto da vítima em processo penal[21].

---

[18] A Dogmática Jurídico-Penal, a Política Criminal e a Criminologia. Foi mérito de Franz von Liszt ter criado o "modelo tripartido", a que chamou "ciência conjunta (total ou global) do Direito Penal": a gesamte Strafrechtswissenschaft. (Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, I, apud FIGUEIREDO DIAS, Questões Fundamentais, p. 23/25).

[19] Para COSTA ANDRADE, ao sublinhar o conflito real que pode estar na gênese do crime, a Vitimologia veio pôr em causa o modelo tradicional que se bastava, pela abstração metafísica, de uma restauração da ordem jurídica como condição suficiente na superação do conflito que se exprimia no crime. Além disso, a Vitimologia veio recordar que, ao lado das relações entre a sociedade e o delinquente, o crime pode torná-los, ambos, responsáveis perante a vítima. E o Estado não pode considerar-se desonerado da sua quota de responsabilidade dispensando à vítima o magro benefício da adesão (A vítima, p. 244/245).

[20] ANABELA MIRANDA RODRIGUES e JOSÉ LUIS LOPES DA MOTA, Para uma Política Criminal, p. 711/718.

[21] Outras orientações anteriores propugnadas pelo Conselho da Europa, relativas à salvaguarda dos direitos e interesses das vítimas de crimes, são a) Resolução (77) 27, de 28 de setembro de 1977 – indenização às vítimas de infrações criminais; b) Recomendação R (83)7, de 23 de junho de 1983 – participação do público na elaboração e na aplicação da Política Criminal; c) Convenção Européia, de 24 de novembro de 1983 – indenização, pelo Estado, às vítimas de crimes violentos; d) Recomendação R (85) 4, de 26 de março de 1985 – prevenção da violência no seio da família; e) Recomendação R (85) 11, de 28 de junho de 1985 – posição da vítima no ordenamento penal e processual penal; f) Recomendação R (87) 21, de 17 de setembro de 1987 – assistência às vítimas de crimes e prevenção da vitimação; e g) Recomendação R (91) 11, de 9 de setembro de 1991 – exploração sexual, pornografia, prostituição, tráfico de crianças e de jovens adultos.

Paralelos à escalada da Vitimologia, fatores outros têm provocado um ressurgimento extraordinário da figura da vítima na discussão científica dos últimos anos. Para essa ocorrência são muito variadas as causas[22], dentre as quais as mais representativas são a força do movimento de "restituição" americano e a frustração pelos resultados obtidos com o tratamento social-terapêutico[23] de infratores jurídicos.

Acrescente-se a tudo isso a visão, cada vez maior, da injustiça social de uma Justiça Penal que não tem tomado a vítima em pouca ou nenhuma consideração.

Sobre esse panorama, alerta ROXIN[24]: "Tudo parece indicar que nossa Justiça Penal é, sobretudo, um sistema para fazer fracassar os interesses da vítima, apesar de que seria racional, do ponto de vista político-social, começar, no intuito de uma solução do conflito social emergente da conduta punível, por colocar a vítima em situação de incolumidade e, depois, ver se existe algo mais de que dispor".

Assinale-se que o princípio vitimológico, já aludido, assumiu, nas últimas décadas, três vetores fundamentais, em termos de Política Criminal: o primeiro vetor resolve sua atuação no âmbito do movimento da criminalização / descriminalização[25]; o segundo, assume-se na colocação da vítima, como

---

[22] ROXIN, De los delitos, p. 139.

[23] "Houve um tempo, faz vinte ou trinta anos, no qual os penalistas escandinavos acreditavam que o preso médio poderia ser reformado através de esforços reabilitadores cientificamente planejados. Esta filosofia obteve uma legião de partidários, parecendo ser mais humana e benévola se comparada com a justiça criminal ordinária. Sem embargo, pouco a pouco o crescente volume de investigações conduziu à conclusão de que, em geral, existia um suporte empírico muito escasso para esse modelo médico ou ideológico do tratamento. Também se demonstrou, claramente, que este modelo não conduzia necessariamente a um sistema mais humano e benévolo. Pelo contrário, amiúde, favorecia sentenças indeterminadas, algumas delas por delitos relativamente triviais. Ignorou também o princípio de igualdade perante a lei" (ANTTILA, La ideología del control del delito em Escandinávia. Tendencias actuales,1986, apud SILVA SÁNCHEZ, Aproximación, p. 29).

[24] De los delitos, p. 140.

[25] Dando margem, segundo alertou FIGUEIREDO DIAS, a tensões contrapostas; requerendo-se, aqui, o endurecimento da criminalização e da penalização em nome do direito de defesa, de proteção e de compensação das vítimas (e chegando a sufragar discursos de 'guerra ao crime' e de law and order), apoiando além, pelo contrário, em nome da prevenção da

destinatária da Política Criminal, relativamente ao discurso da vitimização / desvitimização e ao papel da vítima em face das instâncias formais de controle; o terceiro, refere-se à ideia de tornar a reparação das consequências do delito uma terceira espécie de sanção criminal, ao lado das penas e das medidas de segurança.

2. O REDESCOBRIMENTO DA VÍTIMA

Falemos, contudo, ainda que sejamos breves, sobre a vítima.

Sabe-se que, antes do surgimento do Direito Penal, a vítima se encontrava situada no centro dos interesses dos sistemas primitivos de justiça, basicamente fundados na vingança privada, uma vez que, nesses sistemas, seria ela,a vítima, ou seus parentes, os que se encarregavam de dar soluções a tudo aquilo que lhes significava agressão. Vale dizer, era a eles que competia administrar a justiça.

O nascimento e o desenvolvimento do Direito Penal propiciaram a extinção das formas de justiça privada. Todavia, o que, nomeadamente, marcou a história do Direito Penal, nesse aspecto, foi o *jus puniendi* competir exclusivamente ao Estado, implicando, porém, em contrapartida, o começo do abandono da figura da vítima. O Estado é alçado à condição de garantidor da ordem pública e, somente a ele compete o direito de impor a sanção penal. A reação ao delito relaciona o Estado com o delinquente, resultando a vítima cair no esquecimento.

Iniciou-se, assim, o processo de "neutralização" da vítima[26].

---

vitimização potencial e de uma nova concepção sobre o interesse de reparação da vítima, movimentos de diversão, de descentralização e de participação, como já foi referido. (Direito Penal Português, p. 76).

[26] Na história do Direito Penal distinguem-se, no que se refere à relevância da vítima, duas fases distintas. No Direito romano primitivo, no Direito dos povos germânicos e, em alguma medida, no Direito medieval, foi-se possível assistir a uma fase conhecida como "idade de ouro" da vítima. Nesses períodos, também em razão da confusão existente entre o Direito Penal e o Direito Civil, a reação ao delito ficava praticamente nas mãos da vítima, ou de seus parentes, a quem devolviam a ofensa sobre a esfera jurídica autor do delito (seus bens jurídicos ou de seus familiares), nos termos do *jus talionis*. Era o Direito Penal da vingança privada. Contudo, progressivamente, produz-se a consolidação do Direito Penal como Direito Público, e, no surgimento do Estado moderno, passa a ser possível falar de que o exercício do *ius puniendi* constitui um monopólio das instituições do Estado. Assim mesmo, tem

Ocorreu, porém, que, com o surgimento da noção de "bem jurídico", surgiu uma objetivação da figura da vítima, deixando ela de ser o sujeito sobre o qual recairia a ação delitiva, que sofreria a conduta delituosa, e passando a ser o sujeito portador de um valor, o bem jurídico, exatamente o que, realmente, vem a ser lesado.

Como assegura HASSEMER, o pensamento sobre o bem jurídico não se ocupa da proteção da vítima, senão da proteção da liberdade frente ao controle jurídico-penal ilegítimo. Nessa concepção, a vítima é somente uma condição que possibilita a delimitação sistemática do bem ou interesse digno de proteção. Sendo assim, não é de se estranhar que, nos amplos estudos que se vêm realizando sobre o bem jurídico, não se encontrem análises sobre a vítima[27].

Forçoso admitir, contudo, que a evolução de um Direito Penal de característica retributiva a um Direito Penal baseado na prevenção, seja ela geral ou espe-

---

lugar a crescente diferenciação entre o Direito Civil e o Direito Penal como disciplinas que se ocupam, respectivamente, da relação entre o autor do delito e a vítima (no que se refere à pretensão indenizatória) e de relação entre o autor do delito e o Estado.

O trânsito de um Direito Penal de conotações privadas a um Direito Penal público foi vantajoso tanto em se tratando de pacificação social, quanto, outrossim, em objetivação, imparcialidade e proporcionalidade. Entretanto, com essa nova fase iniciou-se um largo processo de esquecimento da vítima no Direito Penal. Dessa forma, o delito passa a ser entendido como uma relação entre o indivíduo e o Estado, seja como infração das normas estatais, seja como lesão de bens jurídicos, cuja proteção se estima como pressuposto necessário da convivência em sociedade. A vítima também ficou ausente da definição da pena e de suas finalidades; a pena passou a ser uma resposta social pelo comportamento delitivo que cumpre finalidades de prevenção geral e especial. Por fim, o processo penal constitui o mecanismo para a imposição da sanção estatal, e não para atender às questões privadas.

Sem embargo, tudo isso, instituído com a finalidade de obtenção de uma Justiça Penal objetiva e desapaixonada, na qual fiquem devidamente garantidos os direitos do autor do delito, relegou a vítima à condição de mero objeto neutro, passivo, sobre o qual recai o delito (lembrar, entretanto, que, se bem que os delitos sejam perseguíveis de ofício, alguns deles se entendem como perseguíveis à instância da parte, o que atribui à vítima certa disposição sobre o começo do processo. Ademais, deve ser lembrada, ainda, a possibilidade da constituição de acusação particular, para os delitos perseguíveis de ofício). Já não se trata somente de que a intervenção jurídico-penal não dê satisfação aos autênticos interesses da vítima, senão que, em ocasiões, inclusive, supõe um dano adicional para a mesma, a chamada "vitimização secundária". Neste sentido, SILVA SÁNCHEZ, Revista Brasileira, p.163/165.

[27] Anuario, p. 246.

cial, nada significou, em termos de melhoria, quanto à condição da vítima. Isso porque a ideologia da prevenção especial, direcionada ao pensamento da ressocialização do delinquente, terminou por consolidar um Direito Penal dirigido ao autor do crime, enquanto que a ideologia da prevenção geral tem em vista a sociedade.

Recentemente, em razão dos conhecimentos hauridos da Vitimologia, sobretudo nos últimos 20 anos, e relativos à constatada inter-relação entre o autor do delito e a sua vítima, e à eventual influência desta última na origem do delito, desenvolveu-se, no âmbito da dogmática penal, uma nova abordagem, a "Vitimodogmática", de pouca ou nenhuma aproveitabilidade para a vítima, senão, e tão somente, para o autor do delito.

A Vitimodogmática trata de analisar até que ponto se pode tomar em consideração o comportamento da vítima, durante o fato delitivo, para determinar o grau de responsabilidade em que há de incorrer o autor do evento. Isso significa que, a depender da conduta imputável à vítima, deve-se conceder uma atenuação, senão a própria exclusão da responsabilidade penal do autor do delito.

A orientação da Vitimodogmática parte do princípio de que o Direito Penal se destina à proteção de bens jurídicos. Consequentemente, só estarão legitimadas a ameaça penal e a pena quando se tratar de proteger os bens jurídicos. Por sua vez, a vítima possui e detém seus próprios meios de autoproteção, podendo deles fazer uso para proteger o bem jurídico, do qual é portadora.

Inspira-se nisso o chamado Princípio da autorresponsabilidade da vítima, com base no qual se entende que, caso a vítima, por iniciativa própria, renuncie ao uso das medidas de proteção de que dispõe, e, portanto, abandone o bem jurídico, o autor do delito deverá ser eximido de sua responsabilidade penal.

Assinale-se, contudo, que essa possibilidade de isenção da pena por parte do autor apenas é defendida pela corrente mais radical, representada por SCHÜNEMANN[28], sob o fundamento de que, nessas hipóteses, o fato será impune por atipicidade[29].

---

[28] SCHÜNEMANN desenvolveu o que denomina "princípio vitimológico": uma máxima de interpretação, consistente em subsumir somente no tipo penal uma ação que suponha manobrar, para evitar a possível e exigível autoproteção da vítima potencial. E utilizando, como exemplo, os tipos protetores dos segredos (§§ 201 e ss. do StGB), vem tentando

No entanto, a opinião majoritária na Alemanha sustenta uma conclusão mais moderada, consistente em apreciar a eventual corresponsabilidade da vítima, exclusivamente no âmbito da medição da pena.

a) O contributo da Criminologia / Vitimologia

De idêntica forma, o surgimento da Criminologia pouco serviu para melhorar a situação da vítima. Os pioneiros da Criminologia, que deram lugar ao seu nascimento como ciência, foram representantes da Escola Positiva italiana, que buscava explicar o crime por meio da perspectiva do delinquente. De acordo com eles, as causas do delito seriam determinadas por indícios presentes na pessoa do delinquente, que, por sua vez, não tendo liberdade de vontade, necessitaria de tratamento para evitar a reincidência, enquanto que a vítima, considerada como mero objeto neutro, passivo, estático, em nada influenciaria a origem do delito[30].

---

demonstrar que o legislador, ao configurar os tipos e descrever o círculo dos autores, tem seguido pontos de vista vitimológicos, aos que também se podem recorrer, neste campo, para solucionar os problemas interpretativos [ZStW 90 (1978, p. 11 e ss., e Bockelmann-FS, 1979, p. 130, apud ROXIN, Derecho Penal, p. 563)].

[29] Como aponta SCHÜNEMANN: Acaso pode o Direito Penal sancionar quando a conduta do autor, em si mesma considerada, não contém um perigo relevante de lesão de bens jurídicos, senão que só adquire tal caráter perigoso somente por conseqüência de determinados comportamentos da vítima? ("Die Stellung des Opfers im System der Strafrechtspflege", II, NStZ, 1986, p. 442, apud SILVA SÁNCHEZ, Revista Brasileira, p. 176).

[30] Hoje, com efeito, parece irreversivelmente abandonada a ideia de uma Criminologia de conteúdo exclusivamente explicativo-etiológico operando nos limites e ao serviço do sistema jurídico-penal. Uma Criminologia que, para ser ciência, deveria, segundo os cânones positivistas, limitar-se a explicar, por causas, como deveria, segundo a epistemologia de raiz aristotélica, recentemente retomada por MAX WEBER, resistir à tentação de qualquer referência política. Quer se entendesse que o seu objeto era heteronomamente determinado, porque recebido passivamente das mãos do legislador e da doutrina penal, quer se entendesse que caberia à Criminologia assistir o direito de identificar o seu objeto como unidade de sentido sociológico real (com destaque para SELLIN e a generalidade dos criminólogos americanos com o seu conceito de deviance), em um ponto encontravam-se todos os cultores da Criminologia tradicional: na crença da neutralidade axiológica-política da sua ciência. Em conformidade, a Criminologia aceitava positivamente a ordem social oficialmente imposta e, por isso, a definição do que é ou não é criminalizado (do que deve e do que não deve ser criminalizado), na base do postulado acrítico de que o crime releva necessariamente das margens de consenso e dos valores fundamentais da coletividade. Em síntese, e segundo a dicotomia dos neokantianos, a Criminologia perfilava-se como uma ciência da natureza ou do ser, versando sobre o crime em termos radicalmente distintos daqueles das ciências do espírito ou da cultura (máxime a doutrina penal), que, também, têm por objeto a mesma manifestação da vida (cf. COSTA ANDRADE, Jornadas de Direito Criminal, p. 187/188).

A situação de interesse exclusivo pela pessoa do delinquente, na investigação criminológica, manteve-se até as mudanças de orientação na Criminologia, ocorridas posteriormente à 2ª Guerra Mundial, com o que se conecta o nascimento da Vitimologia como disciplina científica.

Atualmente, a moderna Criminologia explica o delito por meio da perspectiva de conflitos interpessoais. Isso se deve, em especial, à significação que adquiriu na Criminologia a teoria da aprendizagem social e da interação simbólica. O delito é compreendido agora como um processo social, como uma interação entre o delinquente, a vítima e a sociedade. O que também caracteriza a criminologia moderna é a circunstância de o sistema penal aparecer como objeto central de conhecimento de crítica e de Política Criminal. Trata-se, acima de tudo, de penetrar na racionalidade desse sistema de controle em toda a sua dimensão: a começar pela lei criminal – instância de criminalização primária – até as sucessivas instâncias de reação formal (Polícia, Ministério Público, Tribunal, Administração Penitenciária), a quem cabe recrutar as pessoas que, em concreto, vão desempenhar o papel de delinquente e imprimir às simbolizações abstratas da lei o seu conteúdo definitivo, acrescentando a isso, como afirma COSTA ANDRADE[31], uma atitude reflexiva mais ou menos explícita: no pressuposto de uma ideia de conflito, os cultores da criminologia moderna preocupam-se em saber de que lado estão e quem aproveita os resultados do seu labor. É fundamentalmente nesse sentido que se encaminham as diferentes correntes ou escolas da chamada criminologia nova ou criminologia dos anos sessenta, com destaque para a perspectiva interacionista, ou *labeling approach*, e para a criminologia radical ou crítica, descontadas as naturais divergências que as separam, tanto no plano teórico quanto político-criminal.

Por outro lado, merece chamar atenção para o avanço da investigação vitimológica nas suas bases científicas, nas últimas décadas[32], devido, principalmente, ao descobrimento do interesse que apresentam as pesquisas de

[31] Jornadas de Direito Criminal, p. 192.

[32] De acordo com COSTA ANDRADE, foi nos meados do século passado que se assistiu ao retorno da vítima ao primeiro plano das preocupações da Criminologia e da Política Criminal, evento que podemos situar em 1948, data em que HENTIG publicou o clássico The Criminal and His Victim. Tal retorno deu-se, de resto, como um estatuto reconhecidamente equívoco já assimilado ao rosto de Jano: entre o extremo de uma vítima - Abel, que sofre inocentemente o crime e suscita solidariedade, ato extremo oposto de uma vítima-Mulher-de-Putifar que provoca, precipita ou causa o crime e suscita censura, há todo um contínuo

vitimização como fonte de informação de grande valor, mormente no que se refere à pesquisa sobre as cifras ocultas da criminalidade. Ademais, ficou evidente o papel da vítima como fator desencadeante da atuação dos órgãos da Justiça Penal, mediante a sua denúncia, uma vez que cabe à vítima pôr em marcha o processo penal, em muitos casos. Em face disso, investigam-se não apenas os motivos que movem a vítima a apresentar a denúncia, mas também aqueles que operam no sentido de abster-se ela de o fazer.

Hoje, em razão do avanço da Vitimologia como disciplina científica, os esforços dos vitimólogos se dirigem também à elaboração de programas de assistência às vítimas, de tratamento dirigido a elas e de prevenção do delito (programas direcionados a vítimas em potencial), tais como, recentemente, as propostas de programas de indenização às vítimas, tanto a cargo do infrator quanto do Estado.

b) A condição da vítima no âmbito do processo penal

Paralelamente a essas abordagens do Direito Penal e da investigação criminológica / vitimológica, vale a pena chamar a atenção, ainda, para a circunstância de o Direito Processual Penal ter-se preocupado, tradicionalmente, com

---

de manifestações intermédias. Complementarmente, a teoria da seleção veio revelar a vítima como a mais poderosa agência de seleção, já que da sua decisão dependem cerca de 90% dos casos levados ao conhecimento das instâncias oficiais, que só excepcionalmente intervêm de forma pró-ativa, limitando-se, por via de regra, a reagir ao input feito pela vítima.

De acordo com o autor, esse estatuto criminológico reflete-se no teor das propostas de Política Criminal de conteúdo vitimológico. Ganhou-se, em primeiro lugar, a consciência da gratuidade da criminalização de condutas, que contam com o apoio ou, pelo menos, com a tolerância da vítima, como o demonstra, de forma paradigmática, a criminologia dos crimes sem vítima. Em segundo lugar, a reparação da vítima readquiriu o seu significado penal originário funcionando hoje já como forma de sanção, como expediente de diversão, já como critério da concessão de benefícios (v.g., o regime de prova ou a sentença condicional), como reivindicação dirigida diretamente ao Estado, como expressão maior da solidariedade institucionalizada ou como responsável último pela ocorrência do crime. Em terceiro lugar, há princípios basilares da Política Criminal, cuja compreensão se vem enriquecendo à custa de uma nova dimensão vitimológica. É o que sucede, v.g., com o princípio da bagatela – em que a referência à situação concreta da vítima vale como critério da gravidade da ilicitude – e com o princípio da subsidiariedade, que, segundo o entendimento dominante, deve funcionar, em primeira linha, em relação à autotutela que uma sociedade tolera e exige de cada vítima potencial do crime. Nesta linha, não faltam mesmo as tentativas de imprimir um cunho vitimológico à construção dogmática de certos tipos de crimes. (Jornadas de Direito Criminal, p. 198/199.)

os direitos de defesa do acusado, ficando renegados a um segundo plano os direitos da vítima.

De forma idêntica, o processo penal, desde as suas origens e em suas etapas de desenvolvimento, orbitou em torno da pessoa do delinquente e ateve-se tão somente aos direitos fundamentais deste. No entanto, a vítima do delito precisa que se lhe reconheçam direitos, ao se ver envolvida num processo penal, não bastando, pois, apenas, essa assistência. Na verdade, para uma completa segurança, necessita ela de que o Estado tenha a obrigação de assegurar apoio efetivo e proteção desde o momento em que acorre aos órgãos de Justiça Penal.

Ironicamente, a realidade oferece quadro diverso, dado que, desde o momento em que a vítima entra em contato pela primeira vez com esses órgãos, a começar pela polícia, para simples comunicação da ocorrência, inicia-se, para ela, mor vezes, um novo processo de vitimização.

Os criminólogos põem em relevo um detalhe extremamente importante: a vítima, além de sofrer a vitimização primária (decorrente de sua relação com o infrator), pode sofrer uma vitimização secundária, que decorre do contato da vítima com as instâncias de controle social, que a tratam de maneira impessoal. Some-se a isso a sensação de perda de tempo e de recursos, como consequência da excessiva burocratização do sistema.

Ao chegar à fase processual, a vítima já se encontra, em mais de uma ocasião, diante de situações que lhe são, no mínimo, incômodas. Porém, curiosamente, é nesse momento que a vítima se confronta com o agressor, seus familiares e seu advogado; este, muitas vezes empenhado em demonstrar a falsidade da acusação, ou pretende deixar claro que a vítima mente, ou, como acontece com bastante frequência, busca desqualificá-la. Na melhor das hipóteses, a vítima é utilizada exclusivamente como meio de prova, e as suas necessidades não são levadas em conta.

Em suma, pode-se afirmar que, no processo penal, ainda no presente estágio, adicionam-se para as vítimas novos prejuízos sociais, psíquicos e econômicos, acrescidos daqueles ocasionados pelo delito.

A constatação dessa realidade tem contribuído para o funcionamento, na ordem internacional, de determinadas medidas encaminhadas a melhorar

a situação jurídica da vítima no processo penal[33]. Algumas dessas medidas sugerem que, ao se dirigir à Polícia, a vítima deva ser tratada de forma a não sofrer nenhum dano psíquico adicional, além de receber informações sobre suas possibilidades de obter ajuda, tanto material quanto médica e psicológica, assim como seus direitos de reparação, não apenas por parte do autor do delito, mas, também, por parte do Estado (fundos de assistência). Dentro do processo penal, a vítima deve ser ouvida respeitosamente, sem que seja atingida nos seus direitos e honra, e ser informada da sua função no processo, das datas e das marchas deste, bem como, ainda, das decisões de suas causas; deve-se considerar a possibilidade de constituir a reparação do dano em sanção, adotar medidas para minimizar, tanto quanto possível, as dificuldades encontradas pelas vítimas, proteger a sua vida privada e garantir a sua segurança, assim como a da sua família e a das suas testemunhas, preservando-as de manobras de intimidação e de represálias[34].

---

[33] A partir do primeiro Simpósio Internacional de Vitimologia (Jerusalém, 1973), passando pelos quatro congressos seguintes (Boston, 1976; Munster, 1979; Tokyo / Kyoto, 1982, e Zagábria, 1985), houve uma reformulação da concepção da vítima no Direito Penal e no Direito Processual Penal. A posição da vítima viu-se particularmente reforçada nos códigos latino-americanos. Nos ordenamentos da Bolívia, do Chile, da Costa Rica, de El Salvador, da Guatemala, de Honduras e do Paraguai, a vítima pode impugnar a decisão que dá por concluídas as investigações ou a instrução, ainda que não a tenha tido qualquer participação ativa ao longo do processo; deve ser informada, pelo Ministério Público, a respeito de seus direitos e, pelo Juiz, sobre o resultado do processo; pode recorrer da sentença absolutória; eventuais soluções consensuais somente podem ser adotadas após ouvir a vítima (também no Brasil). Na Bolívia, caso a vítima não disponha de recursos necessários para a participação no processo, pode recorrer a organizações sem fins lucrativos. Tem, ainda, a possibilidade de obter a reparação na própria sentença condenatória penal (Costa Rica, projeto brasileiro de reforma ao Código de Processo Penal). Também no México houve certo fortalecimento dos direitos da vítima. (ADA PELLEGRINI GRINOVER, RBCCRIM, p. 99.)

[34] O Brasil, conquanto encontre-se ainda tímido no tratamento dispensado às vítimas de delitos, não permanece absolutamente inerte diante desse quadro, uma vez que a Constituição Federal, no seu artigo 245, reconhece que: "A Lei disporá sobre 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". Relembremos, ainda, das Leis dos Juizados Especiais Criminais. Recentemente, a Lei brasileira n. 10.741, de 1º/10/2003, que dispõe sobre o Estatuto dos Idosos, prevê, no seu artigo 94, que aos crimes nela previstos, cuja pena máxima privativa de liberdade não ultrapasse quatro anos, aplica-se o procedimento previsto na Lei 9.099/55.

Por outro lado, ressalte-se a vigência da Lei 11.340, de 7 de agosto de 2006 ("Lei Maria da Penha"), como, também, a recente reforma do Código de Processo Penal comum que, entre outras alterações, estabeleceu no seu artigo 387, IV que o magistrado, ao proferir sentença condenatória fixará valor mínimo para a reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido.

3. A JUSTIÇA RESTAURATIVA

A conceitualização inicial da justiça restaurativa iniciou-se na década de 70 do século passado. A discussão desse novo paradigma se estabeleceu, principalmente, nos Estados Unidos, com uma pequena rede de acadêmicos e práticos na Europa.

Em 1990, realizou-se na Itália uma conferência internacional, custeada com fundos da Organização do Tratado do Atlântico Norte, para analisar o crescente interesse mundial sobre a justiça restaurativa. Em 1995, o Ministério da Justiça da Nova Zelândia emitiu um documento de trabalho sobre a justiça restaurativa, a fim de tomá-la em consideração, em forma relevante, nos planos de ação do governo federal. Em 1997, um grupo de estudiosos e práticos dos Estados Unidos e da Europa reuniu-se na Bélgica para examinar, mais detidamente, a teoria e prática emergentes em uma conferência sobre justiça restaurativa. O interesse nos Estados Unidos tem aumentado nos últimos anos. Também na Europa há um número considerável de experiências nesse sentido, principalmente na Alemanha, Finlândia, Noruega, França, Inglaterra, Áustria, Bélgica, Escócia, etc.

O movimento em prol da justiça restaurativa reconhece que o crime atinge a vítima, a comunidade e o autor do delito. A justiça restaurativa considera que, para combater com êxito os efeitos do crime, devem ser atendidas as necessidades das vítimas individuais e das comunidades. Ademais, pondera que se deve dar aos autores de delitos a oportunidade de responderem, perante suas vítimas, de forma significativa e de responsabilizarem-se pela reparação do dano que tenham causado. Entende que a mera recepção de uma pena constitui um ato passivo, e não requer que aqueles se conscientizem de suas responsabilidades.

A justiça restaurativa estima que se deve oferecer-lhes a oportunidade de emendar seus erros e de redimir-se ante a si mesmos e à comunidade. Entende que, se não se oferecem tais oportunidades, tanto os ofensores quanto as suas próximas vítimas, e a comunidade, todos pagarão um preço. A noção de justiça restaurativa sustenta que, quando se comete um ato delituoso, o transgressor incorre na obrigação de reparar a vítima e, por extensão, a comunidade.

As bases da justiça restaurativa estão nas seguintes ideias: a) o delito constitui, em primeiro lugar, uma ofensa contra as relações humanas; em segundo, uma violação à lei; b) a justiça restaurativa reconhece que o delito é pernicioso e não deve ocorrer; porém, admite também que, depois de ocorrido, existem

não somente riscos, como também oportunidades; c) a justiça restaurativa é um processo que permite emendar as coisas tanto quanto seja possível, e inclui a atenção das necessidades criadas pelo ato delituoso, tais como segurança, reparação dos prejuízos, restabelecimento das relações ou dano físico resultante; d) tão pronto como as condições de segurança da vítima imediata, da sociedade e do infrator fiquem satisfeitas, a justiça restaurativa percebe a situação como um tempo de aprendizagem e como uma oportunidade para inculcar no autor do delito novas maneiras de atuar na comunidade; e) a justiça restaurativa tende a responder ante o delito com a maior antecipação possível, com a máxima vontade de cooperação e a mínima coerção aos fins do restabelecimento das relações humanas; f) a justiça restaurativa dá preferência a que a maioria dos atos delituosos seja tratada com uma estrutura cooperativa que inclua os mais impactados pelo delito como grupo que provê apoio e faça assumir responsabilidades; g) a justiça restaurativa reconhece que nem todas as vítimas serão cooperadoras; h) deve ser alertado, para não gerar equívocos, que a justiça restaurativa não é branda com o crime; ao contrário, mantém em expectativa os infratores e submete-os a grandes exigências, maiores que as do sistema punitivo tradicional; não é contrária à privação da liberdade; põe sua atenção na capacidade do infrator de corrigir-se, e não em seus defeitos ou falta de capacidades.

No que se refere à relação entre o autor do delito e a vítima, a justiça restaurativa entende que ele deve responsabilizar-se por suas próprias ações e consequências. Busca-se impor a ele o reconhecimento do verdadeiro impacto humano de sua conduta e dar-lhe uma oportunidade de tomar responsabilidade direta para consertar o realizado. A justiça restaurativa pretende que se busquem esforços por parte do autor do delito para restaurar as perdas sofridas pela vítima. A noção de reparação, de serviço comunitário e de mediação autor-vítima instam aquele a se dar conta das consequências de seus atos em prejuízo das vítimas, e o motiva a tomar vias de atuação para lograr emendar tais consequências para as vítimas e a comunidade. O papel do sistema judicial deve consistir em prover recursos para assegurar que os autores dos delitos paguem às vítimas e cumpram outros requerimentos de reparação como bases prioritárias do programa. Busca-se, com isso, uma prática eficiente, justa e significativa da justiça restaurativa e um aumento de respostas às necessidades das vítimas[35].

[35] Sobre o tema, ver: CAREN FLATEN, Restorative Justice, p. 387/401. Sobre as tendências atuais da justiça restaurativa, ELENA LARRAURI, RBCCRim,p. 67/104.

3.1. A JUSTIÇA CRIMINAL CONSENSUAL

Tradicionalmente monolítica e autoritária[36], a justiça "imposta, de caráter unilateral e vertical, cede o passo a uma justiça negociada, horizontal, que procura a composição de interesses utilizando uma racionalidade dialética."[37] A tendência consensualista na Justiça Penal tem obedecido a uma lógica racionalizadora e de eficácia, não apenas atendendo a uma "lógica de produtividade", mas, ainda, a uma "lógica de justiça". A tendência consensualista, na Justiça Penal, não é alheia ao movimento de expansão dos direitos do homem.

Nas sociedades modernas, o indivíduo reforçou sua legitimidade em detrimento do Estado, tornando-se raiz, projeto e limite. O Estado restringiu o seu domínio para aumentar aquele que reserva à livre determinação da pessoa. Os direitos do homem, sobre os quais se constrói a sociedade, constituem a afirmação de uma ética social fundada sobre uma certa ideia do Homem considerado como um ser livre, titular de direitos fundamentais, cujo respeito se impõe a todos, inclusive ao Estado.

A nova Justiça Penal assume-se, então, como guardiã desta concepção do Homem. Daí que, e paradoxalmente, o Estado, tido como principal ameaça à liberdade do indivíduo, é conduzido a desenvolver um sistema de proteção jurídica para garantir o exercício de direitos e, ao mesmo tempo, apagar-se

---

[36] ROXIN explica que o processo penal até agora vigente é contraditório: Ministério Público e acusado se enfrentam como adversários. Esse processo contraditório continuará conservando sua importância no futuro, uma vez que, sempre que o acusado afirme sua inocência, que discuta determinados pontos da acusação, ou que não mostre interesse na reparação ou no acordo de compensação com a vítima, deve seguir mantendo-se todos seus direitos a um procedimento contraditório e, especialmente, todos seus amplos direitos de defesa. Porém, junto ao procedimento contraditório figurará, cada vez mais, uma segunda forma procedimental: a consensual, desenhada para a reparação e o entendimento, a que muitos acusados não negam o delito que lhes é imputado, nem tampouco poderiam fazê-lo com possibilidades de êxito, tendo em conta as provas que os incriminam. Contudo, têm um grande interesse em chegar a um entendimento com a vítima e em sair livres do processo. Em tais casos, a vítima e, também, o Estado têm o mesmo interesse em um acordo de compensação autor-vítima. E isso significa que o processo contraditório tradicional deve ser completado com regras independentes para um processo consensual, pois, em um processo assim configurado, há que se chegar a acordos cuja conclusão, licitude, conteúdo e limites devam ser determinados legislativamente, mediante um aparato especial de regras.(Anuario, p. 15.)

[37] ANABELA MIRANDA RODRIGUES, Liber Discipulorum, p. 228.

precisamente por esses mesmos motivos. "É um movimento circular de demanda de proteção ao Estado e de exigência de autonomia do indivíduo"[38].

A justiça negociada faz apelo à participação e ao consenso[39], conferindo um papel ativo à vítima e ao autor do delito. Essa nova forma de justiça – com os limites que a impeçam de se tornar um "negócio sobre a pena" (aqui a igualdade das partes repousaria numa ficção) –, aparece como a mais adequada numa sociedade menos estratificada e mais complexa, que, ao mesmo tempo, rejeita a colonização da vida quotidiana pelo direito, na conhecida formulação de HABERMAS. Nesse modelo, o que é novo é a emergência do privado, do individual. O Estado recua, restringe o seu domínio, para aumentar aquele que reserva à livre determinação do indivíduo[40].

Contra a justiça negociada, surgem críticas que denunciam a perigosa armadilha de uma ilimitada disposição de espaços irrenunciavelmente públicos em um Estado garantista e de Direito. A informalidade da fórmula consensual, contudo, não é sentida como ameaça no âmbito do Direito Penal do Jovem Adulto; porém é sentida diferentemente quando se trata de ganhar espaço no Direito Penal comum.

Os registros de opinião social revelam tão favoráveis receptivas inclinações às formas consensuais que têm provocado o descrédito do mito com que se pretendeu abater a alternativa consensual – ou seja, a falsa ideia da vítima espantada, esquiva, não participativa, e pouco interessada em se envolver

[38] "Se a justiça negociada não é (ou ainda não é) uma alternativa à justiça ritualizada e formalizada, a verdade é que ela reforça a ordem jurídica estadual. Tornando mais consensual, mais rápida e mais eficaz a reacção social, reforça a sua função simbólica" (ANABELA RODRIGUES, Separata da Revista Portuguesa, p. 236).

[39] Sobre uma justiça penal "à medida do ser humano", ESER sustenta que, quando se privam autor e vítima, de forma absoluta, da possibilidade de resolução de conflitos, transferindo essa competência a uma instância superior, e impondo-se essa via como solução geral, podem-se produzir soluções equivocadas. Pode haver, sem dúvidas, razões de peso argumentando que essa forma viabiliza a continuação da vingança interpessoal, ou, até, a própria guerra por vingança entre diversos grupos. Não obstante, deve-se ter muito presente a circunstância de que, com a desautorização da vítima e a monopolização da legítima violência (Estado), produz-se uma despersonalização do conflito e deixa-se de produzir a consciência de que a indenização de danos e prejuízos é algo que pertence ao indivíduo e ante o qual deve sentir-se ele responsável (Revista, p. 137/138).

[40] Idem, Ibidem, p. 230.

pessoalmente nos mecanismos de reação ao conflito e, no entendimento de BURT GALAWAY[41], mais que disposta a ficar afastada dessa possibilidade, deixando ao Estado a tarefa de enfrentar esse "trabalho sujo".

Esse mito tem sua base em concepções punitivas e mercantilistas: de um lado, a vítima não desejaria dialogar porque seu interesse exclusivo radicaria na obtenção de um severo castigo ao autor do delito. Nessas condições, a vítima somente teria aspirações retributivas; de outro, a vítima aparece como figura parasita, autoinibida e única e vorazmente interessada na percepção da indenização.

Tais perspectivas, certamente, não são infundadas em todos os casos. Contudo, desde as primeiras experiências da alternativa consensual, a vítima indiferente, mercantil e punitiva perdeu seu brilho diante do surgimento de um novo tipo de vítima, sobretudo em relação aos delitos de pequena e média gravidades; uma vítima participativa, adaptativa e flexível, de tal maneira que não apenas encontre na renovação das interações vítima-autor do delito um meio conveniente, senão, inclusive em ocasiões, um expediente imprescindível e necessário para que seu conflito interpessoal termine satisfatoriamente resolvido[42].

É sabido que muitos países já tenham introduzido em seus ordenamentos modelos processuais fundados em um consenso[43] entre as partes[44]. Trata-se, na realidade, da introdução, no âmbito da justiça criminal, de um modelo

[41] "Victim participation in the penal corrective process", Victimology, An International Journal,v. 10, USA, 1985. p. 626, apud HERRERA MORENO, Revista, p. 386.

[42] Nesse sentido, HERRERA MORENO, Revista, p. 386/387.

[43] Sobre o significado geral do consenso no processo penal, COSTA ANDRADE defende que: a) um alargamento da tentativa de consenso, "para o que importa melhorar sensivelmente as estruturas de comunicação entre os sujeitos e as diferentes formas processuais"; b) a impossibilidade de um processo penal perspectivado e estruturado em termos de consensualidade absoluta; c) além de não ser viável, um modelo de consenso puro seria, do ponto de vista ético-jurídico, indesejável. Ele seria incompatível com um processo penal alinhado segundo as exigências e valores do Estado de Direito.(Jornadas,p.325/330.)

[44] As especificidades da sociedade de risco, de acordo com FIGUEIREDO DIAS, podem suscitar, no Direito Processual Penal, novos e interessantes problemas, nomeadamente em tudo que respeite à definição da vítima e à admissibilidade, e aos modos da sua participação no processo; "o que, quanto a este último ponto, assume particular interesse entre nós, perante a figura (com tendências ainda incipientes e relativamente imprecisas de alargamento) dos

consensual de solução de conflitos de natureza penal, devendo alertar-se, desde logo, que estamos diante de uma complementaridade entre modelos baseados, um, no conflito, e outro, no consenso; e de que este último, além de ser complexo, determina uma nova leitura das bases do processo penal.

FIGUEIREDO DIAS[45] bem sintetiza essa tendência, ao sustentar que a tentativa de consenso deve ser levada tão longe quanto possível, para o que importaria melhorar sensivelmente as estruturas de comunicação entre os sujeitos e as diferentes formas processuais[46].

Pela negativa, a tese de NIKLAS LUHMANN[47], que nega ao consenso todo o relevo processual (a teoria da legitimação por meio do processo, ou *legitimation durch Verfahren*). Para essa teoria, o processo penal consiste num sistema de ação, cuja função é tornar as decisões judiciais aceitáveis pelos seus destinatários. O fator determinante é que estes convertam as decisões em premissas vinculativas da sua ação futura. E é precisamente na aceitação fática e na reorientação das expectativas por via de aprendizagem que se consuma a legitimação da decisão judicial. A legitimação por meio do processo não leva necessariamente a um consenso real, à harmonização social de opiniões quanto ao lícito e ao ilícito. Do que basicamente se trata é, antes, de um processo de aprendizagem no sistema social, que, por princípio, tende a ser indiferente à circunstância de aquele que deva modificar as suas expectativas, concorde ou não.

---

assistentes como exclusivos titulares do bem jurídico protegido pela incriminação. Discutir a possibilidade de essa figura ter também – em termos ainda a precisar – lugar relativamente a certos crimes cujo bem jurídico protegido seja de natureza supraindividual ou mesmo colectiva é decerto uma tarefa que os anos próximos tornarão particularmente instante e mesmo inevitável." (Revista Brasileira, p. 64).

[45] Para uma reforma global, p. 220.

[46] O conceito e o programa político-criminal da diversão e, por via de consequência, da Justiça Penal consensual, podem ser procurados, numa perspectiva criminológica, a partir da teoria do interaccionismo ou do *labeling approach*. De acordo com essa teoria, as questões centrais da teoria e da prática criminológicas deixam de se reportar ao delinqüente, ou mesmo ao crime, para se dirigirem, principalmente, ao próprio sistema de controle, como conjunto articulado de instâncias de produção normativa e de audiências de reação. O âmbito de investigação dessa teoria deixa de ser os "motivos" do delinquente e passa a ser os critérios de seleção utilizados pelas agências ou instâncias formais de controle.

[47] Legitimation durch Verfahren, 1969, apud COSTA ANDRADE, Jornadas, p. 326.

Para LUHMANN, o consenso[48] não constitui um fim para o processo. Sua função não reside na prevenção de frustrações, mas em imprimir às frustrações inevitáveis a forma definitiva de um ressentimento privado e difuso, insusceptível de se converter numa instituição. A função do processo é, em suma, a especialização do descontentamento, a pulverização e a absorção dos protestos.

Na realidade, o modelo consensual[49] de solução de conflitos de natureza penal busca tanto atenuar o efeito de estigmatização dos delinquentes, quanto, ainda, alcançar os objetivos de ressocialização e de estabilização contrafática das normas.

Esse modelo deve ser inserido no programa mais amplo de orientação político-criminal, sendo legítimo e admissível tão somente à medida que, além da eficiência que pode proporcionar, se mostrar, outrossim, funcional, e não anular as garantias essenciais do processo penal. Assim, o modelo fundado no consenso insere-se num sistema jurídico-penal orientado para as consequências, já que esse modelo consensual procura dar mais importância às consequências do processo do que às formalidades. Isso significa, muito

[48] FARIA COSTA delimita o âmbito conceitual do consenso e do consentimento. Para o autor, o consenso se verifica quando uma ideia, opinião, causa, ideologia ou crença se beneficia da partilha mais ou menos generalizada de uma comunidade de pessoas ou de parte substancial dessa mesma comunidade. O consentimento, em contrapartida, constitui um ato de realização individual que somente pode ter lugar a bens ou valores disponíveis. O autor ainda considera que "vontade consensual e verdade cruzam-se no direito. E cruzam-se em proporções, está bom de ver, que variam conforme o tempo histórico da sua realização do direito, o lugar da sua específica concretização, e variam através (sic) de modos diferentes tendo em vista os objectivos que se querem alcançar" (BFD, p.421/432).

[49] De acordo com HERRERA MORENO, os custos com a conciliação penal não são significativos se os compararmos com os custos do processo tradicional e a manutenção da infraestrutura adequada para a execução das penas privativas de liberdade. O processo conciliador estimula menor hostilidade e tensão emocional. Não se trata de esclarecer fatos e estabelecer a culpabilidade. Se o processo penal gira em torno da atribuição da responsabilidade, na conciliação manda o critério do equilíbrio, a aproximação humana e a busca do compromisso. Mais que os problemas formais e de organização processual, o debate se concentra e focaliza o conflito humano. (...). A sensação final será a de que todos obtiveram ganhos: a vítima se sente "menos vítima" e o autor do delito, humanizado diante da vítima, "menos ofensor". A melhora do clima social e a reabilitação serão os efeitos conaturais à consecução de um compromisso vítima-ofensor como máxima expressão da mínima aflição na reação social ao delito (Revista, p. 400/401).

concretamente, na pequena e média criminalidades, dada a sua massificação, abrir caminho a procedimentos consensuais, acelerados e simplificados, não somente para evitar o bloqueio ou a paralisia do sistema, mas também como penhor da própria realização da "justiça".

A área da pequena e média criminalidades constitui, sem dúvida, o domínio em que se pode ir mais longe, "reinventando" a punição, na via da reparação – como terceira via, ao lado das penas e das medidas de segurança –, e na renovação de soluções de diversão, flexibilizando o princípio da legalidade e explorando as virtualidades, designadamente, da mediação.

Deve-se adotar a ideia de que um processo penal não pode estar demasiadamente marcado por uma postura retrospectiva, voltado para a reconstrução e análise de fatos passados. É necessário integrar esse ponto de vista a outro de caráter prospectivo, voltado, desde a fase inicial processual, para a eventual tarefa futura de socialização do delinquente.

O modelo consensual promete um processo penal mais humano e um aumento da disponibilidade para aceitar os seus resultados, de modo que, "na perspectiva do acusado, quem antes aceitou o desfecho do processo, pela via da negociação, depois não poderá queixar-se; pelo lado do Tribunal, quem conseguiu o consenso do acusado sobre a decisão não precisa de legitimar o veredicto".[50]

No modelo tradicional do processo penal, inserido numa justiça conflitual[51], o respeito pelos direitos fundamentais do acusado impõe, indiscutivelmente, limites à realização da administração da justiça, consagrados nas leis processuais penais como "leis de garantia". Só que, também aqui, a compreensão dos direitos fundamentais como direitos solidários, e não como direitos egoístas, impede que a sua utilização possa paralisar o sistema: está em causa não o que se "pode" fazer, mas o que se "deve" fazer. Não é a oposição liberdade-segurança, reduzindo o conflito a uma estrutura binária, que determina a utilização dos direitos fundamentais. O que ressalta é a interdependência das relações sociais, que se exprimem, nomeadamente, na multiplicidade dos direitos em jogo e comprometem o homem – cada homem – na reali-

[50] Nesse sentido, FERNANDO FERNANDES, O processo penal, p. 145.

[51] ANABELA MIRANDA RODRIGUES, Liber Discipulorum, p. 230/231.

zação de um projeto ao mesmo tempo individual e coletivo. Isso implica, portanto, que os direitos que o acusado pode utilizar para sua proteção não sejam instrumentalizados, o que significa, com vistas à realização eficaz da justiça, que se deverá encontrar novos equilíbrios em face da proteção dos direitos do acusado.

Sob a perspectiva do modelo tradicional do processo penal, direcionado predominantemente à garantia da dignidade da pessoa humana, o modelo consensual de justiça criminal gera preocupações e temores[52], em razão do risco de tais garantias não serem observadas em prol do objetivo da eficiência[53].

---

[52] No modelo garantista, não se admite nenhuma imposição de pena sem que se produza a realização de um delito; sem que exista necessidade de sua proibição e punição; sem que os efeitos da conduta sejam lesivos para terceiros; sem a imputabilidade e culpabilidade do autor; e sem que tudo isso seja verificado por meio de uma prova empírica, levada pela acusação a um juiz imparcial em um processo público, contraditório, com amplitude de defesa e mediante um procedimento preestabelecido. Tudo isso cai por terra no modelo negocial.

O sistema negocial viola os seis princípios que sustentam o processo penal garantista: jurisdicionalidade; inderrogabilidade do juízo; separação das atividades de julgar e acusar; presunção da inocência; contradição e fundamentação das decisões judiciais. O sistema negocial fulmina esses seis pilares do garantismo processual – instrumentalidade garantística –, acabando por desterrar o mais importante de todos: o direito a um processo judicial justo (AURY LOPES JÚNIOR, Justiça negociada: utilitarismo processual e eficiência antigarantista, disponível em <<http://www.ambito-juridico.com.br/aurylopes/art0008.htm >>, em 17 agost. 2004).

[53] Alguns sustentam como a mais grave consequência da linha conciliatória a vulneração de princípios e garantias do sistema jurídico-penal. Segundo TAMARIT SUMALLA e HERRERA MORENO, essas graves acusações concitam a uma necessária reflexão sobre a possibilidade de que tão inovadora combinação de "coerção e consentimento, espaços de consenso em um processo ontologicamente conflitual e contraditório, e a assunção da sanção pelo próprio autor do delito", possa ser admitida no ordenamento, sem perda de seus valores fundamentais (La reparació a la víctima e La hora de la víctima). Segundo HERRERA MORENO, não parece que a conciliação deva ser entendida como uma forma de burlar as instâncias legítimas de resolução. Poder-se-á ser dito que o conflito em questão, ainda que se vá, não se ausenta do Direito Penal senão de forma relativa e matizada. Certamente, seria incabível afirmar que a reparação se situa em um terreno absolutamente alheio ao Direito Penal. A via conciliatória não implica, na realidade, essa fuga conceitual que tanto parece amedrontar os autores. Trata-se de um mero instrumento de flexibilização na dinâmica da aplicação punitiva. Certas soluções inspiradas na oportunidade, em desprezo absoluto da legalidade vigente, têm sido justamente qualificadas de toscas e assistemáticas. "Estes impropérios não podem alcançar a via conciliatória, já que não constitui saída para a arbitrariedade. Antes bem, goza de previsão formal em programas de conciliação vítima /autor do delito, com absoluta sujeição a um escrupuloso controle e sistemática seleção de

Sendo já conhecida a apreensão sobre a desconexão entre o Direito Penal e o Direito Processual Penal, como também a necessidade de aproximação entre ambos, torna-se imprescindível a construção, outrossim, de modelos de ritos consensuais com recurso à integração teleológica-funcional, procurando-se a composição dos ideais de garantia e funcionalidade.

Concluindo, é alvissareiro perceber que a vítima, antes praticamente expulsa do campo de visão nos últimos anos, seja novamente considerada. No entanto, não se deverá recair, em direção oposta, renovadamente, em uma maneira de ver as coisas de uma forma demasiadamente unilateral. Isso significa que não se deve tratar de ampliar as faculdades da vítima à custa dos justos direitos e garantias processuais do autor do delito, tampouco reduzir o Direito Penal a um conflito entre autor e vítima.

4. REFERÊNCIAS

ANDRADE, Manuel da Costa. A vítima e o problema criminal – Separata do volume XXI do Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1980 (citado: A vítima).

—, "O novo Código Penal e a moderna Criminologia". Jornadas de Direito Criminal. Lisboa, 1983. p. 187/234 (citado: Jornadas de Direito Criminal).

APONTE, Alejandro. "Derecho penal del enemigo vs. derecho penal del ciudadano. Günther Jakobs e los avatares de un derecho penal dela enemistad". Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 51. São Paulo, 2004. p.9 / 43 (citado: RBCCrim).

casos".(...) "Por outra parte, no próprio encontro conciliador, o componente dialético não desaparece, senão que está moldado por uma plataforma comum da voluntariedade sobre a qual se desenvolve o enfrentamento". (...). "Em suma, a conciliação implica uma especial forma de vigência de certos axiomas penais, porém supõe, assim mesmo, a máxima realização de outros princípios penais relevantes, como são o princípio de interesse ou salvaguarda do menor (na hipótese da Justiça de menores), o princípio da mínima aflição ou da pena humanizada, e finalmente, o princípio da intervenção ultima do Direito Penal Sancionador, cobra, através da conciliação, um vigoroso sentido; a pena privativa de liberdade, repressão punitiva extrema, ficará como recurso final, quando outra solução não seja viável".(La hora de la víctima).

COSTA, José Francisco de Faria, “Consenso, Verdade e Direito”. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2001. v. LXXVII, p. 421/432 (citado: BFD).

DIAS, Jorge de Figueiredo, “Lei criminal e controlo da criminalidade. O processo legal-social de criminalização e descriminalização”. Revista da Ordem dos Advogados, ano 36. Lisboa, 1976. p. 69/98 (citado: Revista da Ordem dos Advogados).

—, Para uma reforma global do processo penal português – Da sua necessidade e de algumas orientações fundamentais. Conferência proferida em 23/07/1983, na Ordem dos Advogados do Porto, e em 21/10/1983, na Ordem dos Advogados de Lisboa (citado: Para uma reforma global).

-, “Os novos rumos da Política Criminal e o Direito Penal português do futuro”. Revista do Ministério Público do Estado do Paraná, ano 15, nº 11. 1987. p. 67/84 (citado: RMP).

—, Direito Penal Português. As conseqüências jurídicas do crime. Lisboa: Editorial Notícias, 1993 (citado: Direito Penal Português).

-, Questões Fundamentais do Direito Penal Revisitadas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999 (citado: Questões Fundamentais).

—, “O Direito Penal entre a ‘sociedade industrial’ e a ‘sociedade do risco’”. Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 33. São Paulo, 2001. p. 39/65 (citado: Revista Brasileira).

—, / ANDRADE, Manuel da Costa. Criminologia. O Homem Delinqüente e a Sociedade Criminógena. 2ª reimpressão, Coimbra Editora, 1997 (citado: Criminologia).

ESER, Albin, “Una justicia penal ‘a la medida del ser humano’. Visión de un sistema penal y procesal orientado al ser humano como individuo y ser social”. Revista de Derecho Penal y Criminología, 2ª época, Madrid, 1998. p. 131/152 (traduzido por Jon Mirena Landa Gorostiza) (citado: Revista).

-, “Consideraciones finales”. Reunião Internacional realizada na Academia de Ciências de Berlín-Brandenburgo, nos dias 3/6 de outubro de 1999. La Ciencia

del Derecho Penal ante el nuevo milenio.Valencia: Tirant lo Blanch, 2004. p. 463/476 (traduzido por Carmen Gómez Rivero) (citado: La Ciencia).

FERNANDES, Fernando. O processo penal como instrumento de Política Criminal. Almedina, 2001 (citado: O processo penal).

FLATEN, Caren L. "Victim – Offender Mediation: Application with Serious Offenses Committed by Juveniles". Restorative Justice: International Perspectives (editado por Burt Galaway e Joe Hudson). Monsey / New York: Criminal Justice Press: Amsterdam / Netherlands: Kugler Publications, 1996. p. 387/401 (citado: Restorative Justice).

FRANCO, Alberto Silva. "Globalização e a criminalidade dos poderosos". Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 5, fasc. 3/4. 1996. p. 361/372 (citado: RPCC).

GRINOVER, Ada Pellegrini. "A defesa penal e sua relação com a atividade probatória. A vítima e o princípio da oportunidade. Relações entre o Juiz e o Ministério Público. Seus limites". Revista Brasileira de Ciências Criminais, n° 40. São Paulo, 2002. p. 91/104 (citado: RBCCRIM).

HASSEMER, Winfried. "Consideraciones sobre la víctima del delito". Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, tomo XLIII. Madrid: Ministerio de Justicia, 1990. p. 241/259 (traduzido por Rocío Cantarero Bandrés) (citado: Anuario).

HERRERA MORENO, Myriam. "Introducción a la problematica de la conciliación víctima-ofensor. Hacia la paz social por la conciliación". Revista de Derecho Penal y Criminología, nº 6. Madrid: Marcial Pons, 1996. p. 377/414 (citado: Revista).

—, La hora de la víctima. Compendio de victimologia, Madrid: Edersa, 1996 (citado: La hora de la víctima).

HULSMAN, Louk. "Práticas punitivas: um pensamento diferente". Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 14. São Paulo, 1996. p. 13/26 (traduzido por Helena Singer) (citado: RBCCrim).

—, “Temas e conceitos numa abordagem abolicionista da justiça criminal”. Conversações abolicionistas – Uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva. São Paulo: IBCCRIM, 1997. p. 189/213 (traduzido por Maria Abramo Brant de Carvalho) (citado: Conversações abolicionistas).

KUHLEN, Lothar. “El derecho penal del futuro”. Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo. Ediciones de la Universidade de Castilla-La Mancha, 2003. p. 225/229 (traduzido por Adán Nieto Martin) (citado: Crítica y justificación).

-, “La autocomprensión de la ciencia jurídico-penal frente a los desafíos de su tiempo. Comentario”. La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo milenio. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004. p. 65/85 (traduzido por Pastora García Alvarez) (citado: La Ciencia del Derecho Penal).

LARRAURI, Elena. “Tendencias actuales de la justicia restauradora”. Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 51. São Paulo, 2004. p. 67/104 (citado: RBCCrim).

LOPES JÚNIOR, Aury. Justiça negociada: utilitarismo processual e eficiência antigarantista, disponível em <<http://www.ambito-juridico.com.br/aury-lopes/art0008.htm >>, em 17 agost. 2004).

MARINHO, António. “O direito penal do inimigo”. Expresso, 12/02/2005. p. 52/53 (citado: Expresso).

MARTY, Mireille Delmas. Modelos e Movimentos de Política Criminal. Rio de Janeiro: Revan, 1992 (traduzido por Edmundo de Oliveira) (citado: Modelos e Movimentos).

MAZZACUVA, Nicola. “El futuro del derecho penal”. Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2003. p. 231/237 (traduzido por Rodríguez Arias) (citado: Crítica y justificación).

RODRIGUES, Anabela Miranda, “A celeridade no processo penal. Uma visão de direito comparado”. Separata da Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 8, fascículo 2, 1998 (citado: Separata da Revista Portuguesa).

—, “Política Criminal – Novos desafios, velhos rumos”. Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias. Coimbra Editora, 2003. p. 207/234 (citado: Liber Discipulorum).

—, / MOTA, José Luís Lopes da. Para uma Política Criminal Européia. Quadro de instrumentos jurídicos da cooperação judiciária em matéria penal no espaço da União Européia. Coimbra Editora, 2002 (citado: Para uma Política Criminal).

ROXIN, Claus, “Neue Wege der Wiedergutmachung im Strafrecht – Schlussbericht”. Neue Wege der Wiedergutmachung im Strafrecht – Internationales strafrechtlich – kriminologisches Kolloquium in Freiburg i. Br. (org. Albin Eser, Günther Kaiser, Kurt Madlener). Freiburg im Breisgau, 1992. p. 367/375 (citado: Neue Wege der Wiedergutmachung).

—, Derecho Penal - Parte General I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Editorial Civitas, S. A., 1997 (traduzido da 2ª edição alemã por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal) (citado: Derecho Penal).

—, “Pena y reparación”. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, tomo 52. Madrid: Ministerio de Justicia, 1999. p. 5/15 (traduzido por Enrique Gimbernat Ordeig) (citado: Anuario).

—, “La reparación en el sistema de los fines de la pena”. De los delitos y de las víctimas. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2001. p. 131/156 (traduzido por Julio B. J. Maier e Helena Carranza) (artigo publicado, originariamente, no livro Wiedergutmachung und Strafrecht, aos cuidados de Hainz Schöch, München: Ed. W. Fink, 1987) (citado: De los delitos).

SILVA SANCHEZ, Jesús-María, Aproximación al derecho penal contemporáneo. Barcelona: José María Bosch Editor S. A., 1992 (citado: Aproximación).

- “El derecho penal ante la globalización y la integración supranacional”. Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 24. São Paulo, 1998. p.65 /78 (citado: Revista Brasileira de Ciências).

—, “La consideración del comportamiento de la víctima en la teoría jurídica del delito. Observaciones doctrinales y jurisprudenciales sobre la víctimo-dogmática”. Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 34. São Paulo, 2001. p. 163/194 (citado: Revista Brasileira).

TAMARIT SUMALLA, Josep M. La reparació a la víctima en el Dret Penal. Estudi i crítica de les noves tendències político-criminals. Generalitat de Catalunya. Departament de Justicia. Centre d’Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, 1993 (citado: La reparació a la víctima).