

JUSTIÇA RESTAURATIVA E VITIMOLOGIA – ASPECTOS PROCESSUAIS PENAIS: A MEDIAÇÃO COMO INSTRUMENTO IMPULSIONADOR DA TRANSIÇÃO DO PARADIGMA DA CULPA PARA O PARADIGMA DA RESPONSABILIDADE.

RESTORATIVE JUSTICE AND VICTIMOLOGY -CRIMINAL PROCEDURAL ASPECTS:MEDIATION AS A DRIVING FORCE FOR THE TRANSITION FROM THE GUILTY PARADIGM TO THE RESPONSIBILITY PARADIGM

Carolina Ângelo Montolli¹

Recebido em: 16/06/2017. Aprovado em: 21/06/2017. Disponibilizado em: 30/06/2017

RESUMO

O objetivo deste artigo é apresentar o novo movimento, denominado justiça restaurativa. Tal movimento representa uma virada do atual sistema penal, porquanto, implicam num processo de diálogo entre as partes – infrator, vítima e comunidade – tendente, fundamentalmente, a reparar o dano (sentido lato) ocasionado pela infração e restaurar a relação entre as partes. Justiça Restaurativa é a arte do encontro. Esse trabalho contém uma discussão sobre o impacto da justiça restaurativa no sistema de justiça criminal brasileiro, com uma introdução conceitual à ideia da Justiça Restaurativa e às diferenças entre a justiça restaurativa e a justiça criminal convencional. Abrange, também, a questão da sustentabilidade do paradigma e sua compatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro, com considerações sobre o papel dos operadores jurídicos. O autor procura demonstrar que, se observados os princípios, valores e procedimentos da justiça restaurativa e as peculiaridades jurídicas do país, é viável implementar a justiça restaurativa em casos de crimes e contravenções penais, a partir da legislação vigente, embora admita a necessidade de introduzir na legislação normas permissivas das práticas restaurativas.

Palavras-chave: Justiça Restaurativa; Criminalidade; Conflito; Restauração.

ABSTRACT

The objective of this article is to present the new movement, called restorative justice. This movement represents a turning point in the current penal system, since it implies a process of dialogue between the parties - offender, victim and community - fundamentally to repair the damage (broad sense) caused by the infraction and restore the relationship between the parties. Restorative Justice is the art of encounter. This paper discusses the impact of restorative justice on the Brazilian criminal justice system with a conceptual introduction to the idea of Restorative Justice and the differences between restorative justice

1 Ordem dos Advogados do Brasil - OAB, Escola Prof. Paulo Neves de Carvalho, Centro de Estudos em Políticas Públicas, Faculdade Pitágoras.

and conventional criminal justice. It also covers the question of the sustainability of the paradigm and its compatibility with the Brazilian legal system, with considerations on the role of legal operators. The author seeks to demonstrate that, if the principles, values and procedures of restorative justice and the legal peculiarities of the country are observed, it is feasible to implement restorative justice in cases of crimes and criminal offenses, based on existing legislation, although it admits the need to introduce In legislation permissive norms of restorative practices.

Keywords: *Restorative Justice; Crime; Conflict; Restoration.*

1. INTRODUÇÃO

Este trabalho tem com objetivo principal delinear as possibilidades de participação da vítima no processo penal. Inicialmente, parece importante destacar o conceito de vítima que será adotado para os objetivos deste trabalho. Não obstante existam vários conceitos possíveis (PIEADADE JÚNIOR, 1993, p. 86-90), aquele proposto pela Declaração de Princípios Básicos de Justiça para Vítimas de Crime e Abuso de Poder, adotada pela Organização das Nações Unidas e pela Resolução n. 40/34 da Assembleia Geral das Nações Unidas (BRASIL, 2009, p. 275) parece ser adequado para servir de parâmetro:

1. “Vítimas” refere-se a pessoas que, individual ou coletivamente, tenham sofrido dano, seja mental seja físico, sofrimento emocional e perda econômica, ou que sofreram dano substancial de seus direitos fundamentais, por meio de ações ou omissões que violam a lei penal vigente nos Estados-Membros, incluindo as leis que condenam o abuso de poder criminal.

O recorte temático se tornou necessário para enquadrar a vítima como indivíduo essencial para a resolução do conflito penal. Para tanto, o estudo não deve ficar limitado às previsões legais, mas deve também aprofundar no sentido de vislumbrar se a legislação é sequer cumprida. Para desenvolvê-lo, serão destacados os dois principais modelos de justiça criminal: o retributivo e o restaurativo. Para tanto, as diferentes perspectivas que dizem respeito à importância da vítima para a solução dos conflitos penais serão abordadas com relação a cada modelo de justiça criminal.

Tradicionalmente, os países ocidentais têm adotado um modelo punitivo que se enquadra na forma retributiva de avaliar o delito. Nesta hipótese, a principal finalidade do processo penal é esclarecer o delito, para que se possa determinar um culpado que deverá ser punido na forma prevista em lei.

Assim sendo, é possível questionar se a participação da vítima neste contexto de punição é vista como essencial e necessária (pelo sistema e, principalmente, pelas pessoas envolvidas com o processo de resolução dos conflitos). De modo complementar, serão estudadas as características de um modelo restaurativo, que adota ferramentas consensuais de solução de conflitos, o que possibilita uma maior preocupação com os sujeitos envolvidos no conflito penal, leia-se que há uma participação mais efetiva da vítima, do infrator e até mesmo da comunidade.

Por fim, serão esquematizadas as principais características do modelo adotado no Brasil, o qual é, sem dúvida, essencialmente punitivo, ou seja, busca primordialmente com seus instrumentos e procedimentos a punição do infrator.

Nesta linha de raciocínio, serão abordadas as ferramentas de resolução consensual dos conflitos que foram implantadas no ordenamento brasileiro. Serão destaques os instrumentos que valorizam a participação da vítima já previstos no Código de Processo Penal e na Lei n. 9.099/95, e também aqueles que foram incluídos no Projeto de novo Código de Processo Penal.

A partir do estudo do cenário nacional com relação à legislação existente, será questionada a eficácia destas ferramentas consensuais que foram (e estão sendo) adotadas pela legislação pátria, na medida em que se confrontam com a necessidade de punição imposta pelo modelo implantado no Brasil.

Assim sendo, pretende-se refletir se a participação da vítima está sendo possibilitada nos reais moldes de resolução consensual ou se os instrumentos adotados pelo ordenamento brasileiro são isolados e não permitem a evolução do sistema penal para algo além da punição do infrator.

Para alcançar o objetivo proposto, o trabalho irá se desenvolver a partir de uma orientação vitimológica, que servirá de referencial para uma análise crítica da situação jurídico-penal brasileira, especialmente no que tange à participação da vítima para a resolução dos conflitos penais.

2. O PAPEL DA VÍTIMA NOS MODELOS DE JUSTIÇA CRIMINAL

A justiça criminal possui basicamente dois modelos: o modelo retributivo e o modelo restaurativo. Historicamente estes dois modelos são considerados opostos por possuírem características que, a princípio, se rivalizam. No que concerne ao foco deste trabalho: o papel da vítima, realmente pode-se visualizar algumas diferenças que devem ser ressaltadas, a fim de se obter uma análise dos contextos possíveis para a participação da vítima na resolução do conflito penal.

2. 1. A vítima e o modelo retributivo de justiça

A denominação “justiça retributiva” demonstra que o foco está na infração cometida e no autor do delito. O que se busca com o processo é retribuir o mal causado pelo autor, distribuindo-se objetivamente a culpa pelo delito e punindo-se o infrator. Como consequência, a vítima não tem papel relevante no desenrolar do processo de resolução do conflito.

Neste modelo, valoriza-se a classificação abstrata do que pode ser considerado como infração delituosa (comportamento danoso ou imoral) e qual será a sanção imposta para aquele que praticar tal comportamento.

A partir do momento em que se define previamente a transgressão e os danos possíveis, limita-se a individualização do acontecimento. Neste contexto, não há uma ponderação sobre a complexidade da situação concreta.

O delito é analisado como um evento estanque isolado de qualquer característica social, psicológica, política ou econômica. Presume-se que o indivíduo é livre para fazer suas escolhas e pode prever as consequências dessa escolha. Assim sendo, a punição é vista como merecida, ainda que o contexto de justiça social diga o contrário (ZEHR, 2008, p. 68-69).

A determinação da culpa é vista como objetivo a ser buscado, a fim de se alcançar o objetivo principal que é a aplicação da pena, que representa (ou deveria representar) não só a retribuição pelo mal causado, mas também prevenção para novos delitos. Desta forma, o passado (determinação de qual delito foi cometido e por quem) assume importância ímpar em detrimento do futuro (efetiva resolução do problema criado pela prática do delito).

O Estado aparece como realizador da justiça e, portanto, como perseguidor da punição do infrator. Para tanto, poderá iniciar ou prosseguir com o processo penal (muitas vezes até contra a vontade da vítima).

Pode-se dizer que, a partir desta linha de raciocínio, o Estado passa a ser visto como a vítima do acontecimento delituoso e a verdadeira vítima é sistematicamente excluída, suas necessidades e vontades são claramente ignoradas e, por isso, sua participação será reduzida a de uma testemunha de luxo, nos casos em que seu testemunho é indispensável.

Nesse sentido, Hulsman e Celis (1993, p. 82) afirmam que “o sistema penal rouba o conflito das pessoas diretamente envolvidas nele”.

A alienação da vítima traz como resultado a não resolução do conflito gerado pelo delito. Afinal, o comportamento delituoso gera consequências importantes para a vítima, que procura, com os instrumentos que lhe são disponibilizados (usualmente, apenas o processo penal), esclarecer o ocorrido e receber a reparação condizente (que nem sempre será econômica).

Esse afastamento da vítima do seu próprio conflito gerará um novo processo de vitimização. Marisa Helena D’Arbo Alves de Freitas (2001, p. 159) explica que esta vitimização secundária:

[...] com certa frequência, resulta mais negativa que a primária, causa um incremento no dano causado pelo delito, ampliando a sua dimensão psicológica ou patrimonial. No contato com a administração da Justiça ou da Polícia, as vítimas experimentam, muitas vezes, o sentimento de estar perdendo o seu tempo ou mal gastando o seu dinheiro; outras sofrem incompreensões derivadas da excessiva burocratização do sistema ou, simplesmente, são ignoradas. Em alguns casos e com relação a determinados delitos, as vítimas são tratadas como acusados e sofrem a falta de tato ou a incredulidade de determinados profissionais.

Parece que um sistema penal essencialmente punitivo não alcançará essa resolução global do conflito, pelo menos não enquanto ignorar sistematicamente a vítima (ou até mesmo gerando nova vitimização) e enquanto existir a proposta de um modelo adversarial que encoraja o conflito de interesses entre as partes e não a resolução consensual do conflito.

2. 2. A vítima e o modelo restaurativo de justiça

O modelo restaurativo surge como tentativa de servir como alternativa para o modelo retributivo, na medida em que este vem sendo cada vez mais criticado e seus resultados vêm apontando menor sucesso com o passar do tempo, notadamente com relação à inclusão da vítima.

Com relação à vítima, o modelo de justiça restaurativo representa uma grande evolução, visto que a satisfação dos seus interesses é parte do objetivo e não somente um possível reflexo do processo penal.

O foco da justiça restaurativa está nos danos e consequentes necessidades de todos os envolvidos no conflito: vítima, ofensor e comunidade.

Este simples fato de devolver às pessoas envolvidas o domínio sobre seus conflitos representa uma verdadeira revolução, visto que é essencial para a solução do conflito penal que a via adequada seja adotada perante o caso concreto, afinal, não há sistema fechado que possa propor mecanismos de eficácia absoluta (HULSMAN, CELIS, 1993, p. 102-109). Assim, o modelo restaurativo propõe que a análise do ato delituoso seja realizada de forma individualizada, levando-se em consideração as

peculiaridades do caso concreto. O delito não é considerado por si só, mas em um contexto social, econômico e político.

Objetiva-se a resolução do conflito e não apenas a distribuição da culpa e punição do infrator. Nesta linha de raciocínio, as partes são consideradas protagonistas para a resolução do conflito penal. Já o Estado terá papel importante ao possibilitar o encontro entre as partes e a estrutura física de pessoal para a resolução dialogal do conflito. Contudo, diferentemente do modelo retributivo, o Estado não “roubará” o conflito das mãos dos verdadeiros interessados.

Se, por um lado, os erros geram dívidas e obrigações, de outro, a culpa pode ser redimida pelo arrependimento e pela reparação (que deverá variar conforme o grau de responsabilidade). Certamente, a satisfação da vítima será alcançada com maior facilidade, visto que terá a oportunidade de expor o mal causado pelo delito e qual reparação (material, psicológica ou simbólica) espera do infrator.

O empoderamento da vítima é visto como essencial para a concretização deste modelo de justiça criminal. Para tanto, existem alguns instrumentos que surgem como práticas restaurativas que possibilitarão a participação da vítima na resolução do seu conflito.

Para efeito do estudo do tema proposto, serão abordados dois instrumentos: a mediação ente vítima e ofensor e as conferências de família. A mediação entre a vítima e o ofensor (VOM – *Victim-Offender Mediation*) surge como a principal prática restaurativa (a mais aplicada) e, normalmente, é usada de forma complementar ao sistema punitivo, buscando incluir as partes do conflito na resolução dele.

Em países como os Estados Unidos e Canadá a mediação penal vem sendo utilizada nos últimos vinte anos. Basicamente, a mediação penal consiste em um encontro ente a vítima e o ofensor, oportunidade em que tentarão, através do diálogo e com a ajuda de um mediador, chegar a um acordo reparador.

Norbert Rouland (2008, p. 13) ensina:

Mais do que na prova da falta ou da culpa, os mediadores – o mais das vezes não juristas – se empenharão em restabelecer a paz entre as partes descobrindo com elas soluções de acerto satisfatórias, em geral baseadas em arranjos que tornarão inútil o recurso à justiça oficial (nos Estados Unidos, graças a essas práticas, somente 5% a 10% das pendências chegam aos tribunais). Aqui, ainda, o sucesso desses procedimentos requer certas condições. É preciso que as partes sejam relativamente próximas (laços de vizinhança, associativos ou parentais) e de um nível socioeconômico sensivelmente igual. Além disso, as pendências não devem ser graves. Isso deixará modesto o campo de aplicação dessas justiças? Muito pelo contrário. Nossa vida cotidiana está cheia de poeira dos pequenos litígios.

Historicamente, a mediação penal realmente tem sido utilizada apenas para delitos considerados de menor gravidade e, em sua maioria, patrimoniais. No entanto, recentemente a sua aplicação tem obtido sucesso também quando aplicada para delitos considerados mais graves, inclusive delitos violentos.

A flexibilidade é ponto importante na mediação penal, tanto que variações são encorajadas, como por exemplo: a família e os amigos da vítima e do ofensor podem ser convidados a participar; grupos de vítimas e de ofensores podem ser formados; na mediação indireta, o mediador pode atuar separadamente com a vítima e com o ofensor, antes de proporcionar o encontro entre eles (PALLAMOLLA, 2009, 108-109).

A gravidade do delito, as condições em que ele ocorreu, as consequências suportadas pela vítima, o estigma observado pelas partes e outros aspectos relevantes devem ser observados para a elaboração individualizada da proposta de mediação penal.

Portanto, não há um molde a ser seguido, entretanto, normalmente, a mediação ocorre da seguinte forma: o mediador se encontrará com a vítima e com o ofensor em separado, a fim de avaliar se as partes estão preparadas para tal processo; após, ocorrerá o encontro entre a vítima e o ofensor, momento em que a vítima poderá expor ao ofensor os impactos (físicos, emocionais e financeiros) que suportou em razão do delito e o ofensor terá a oportunidade de assumir sua responsabilidade no evento e também poderá relatar diretamente à vítima informações sobre o motivo de o delito ter ocorrido; a partir desta troca de experiências, a vítima e o ofensor serão encorajados a estabelecer conjuntamente uma forma de reparação para a vítima.

A mediação pode ter lugar em diversos momentos: antes da ação penal, antes do processo, depois da instrução e antes ou após a sentença. É certo, porém, que a mediação terá resultado mais efetivos se aplicada o quanto antes, pois os envolvidos, se adentrarem nos procedimentos exaustivos e estigmatizadores do processo penal, serão mais influenciados a se enxergarem como adversários e a desvalorizar a solução do conflito através do diálogo.

Leonardo Sica (2007, p. 53) ensina que a mediação penal tem com objetivo “superar o déficit comunicativo que resultou ou que foi revelado pelo conflito e, contextualmente, produzir uma solução consensual com base na reparação de danos e da paz jurídica”. Algumas pesquisas realizadas (PALLAMOLLA, 2009, p. 111-112) têm concluído que as vítimas e os ofensores que passaram por processos de mediação penal mostraram-se mais satisfeitos com o processo e com o resultado do que os outros que passaram pelo processo tradicional da justiça criminal.

No geral, as vítimas relatam que a oportunidade de ter contato com o ofensor traz um menor temor de revitimização e a reparação obtida foi satisfatória. Em relação aos ofensores (que completaram o processo restaurativo), pode-se observar um comprometimento maior com as obrigações de restituição e reparação e também são detectados menores índices de reincidência.

O segundo instrumento de prática restaurativa é chamado de conferências de família (FGC – *family group conferencing*). Esta prática foi adotada na Nova Zelândia a partir de 1989. Das conferências de família participam a vítima, o infrator, os familiares de ambos e pessoas que lhes dão apoio. Também é comum a participação de profissionais, como: policiais, assistentes sociais, psicólogos etc.

O procedimento é semelhante ao da mediação penal. A diferença essencial é que todos os participantes podem contribuir para a elaboração do acordo reparador. Os objetivos continuam sendo os mesmos: que o infrator reconheça o dano causado à vítima e aos demais e assumam a responsabilidade por seu comportamento. Assim, percebe-se que a maior diferença para a mediação

penal é o reconhecimento de que o delito pode gerar mais vítimas do que aquela pessoa atingida diretamente, e, a partir dessa constatação, todas as vítimas são convidadas a participar da resolução do conflito.

O diálogo, ponto comum entre as práticas restaurativas, pressupõe que exista uma estrutura física e de pessoal que inspire um ambiente seguro para que as partes sintam-se à vontade. A reparação e a reconciliação apenas serão alcançadas se as partes puderem expor sua versão do ocorrido, se forem ouvidas com respeito, se tiverem a oportunidade de ouvir o que o outro tem a dizer, se houver tempo para que o procedimento seja concluído, prazo que não pode ser estipulado em abstrato, pois dependerá das peculiaridades de cada caso. Afinal, cada delito repercute de uma forma em cada vítima, em cada ofensor, em cada comunidade.

Desta forma, não basta criar um momento processual para as práticas restaurativas, é necessário que os envolvidos na efetivação das medidas estejam empenhados para reverter o modelo adversarial que as partes têm em mente para possibilitar o sucesso da ferramenta.

Neste contexto, podemos concluir que o empoderamento da vítima é alcançado na medida em que é considerada personagem principal para a resolução do conflito. A imagem que se busca de que o infrator e a vítima não são adversários e que podem chegar juntos a uma solução para o conflito que se criou pode parecer distante, mas, através da correta aplicação dos instrumentos de efetivação disponíveis, esse objetivo estará certamente mais próximo do que estaria em um sistema essencialmente retributivo.

3. O CONTEXTO BRASILEIRO

Neste item, busca-se avaliar como se dá a participação da vítima no sistema processual penal brasileiro.

Objetivamente falando, o processo penal é, em regra, de iniciativa pública. O representante do Ministério Público será o responsável por iniciar a ação penal, através da peça processual denominada denúncia. Esta poderá depender de representação da vítima ou de quem a represente, nos casos previstos em lei (artigo 24 do Código de Processo Penal - CPP).

Desta forma, no processo de iniciativa pública, a atuação da vítima estará limitada às suas declarações, que serão prestadas na qualidade de uma testemunha de luxo, e à possibilidade de intervenção como assistente de acusação.

A função de assistente de acusação será exercida pela vítima ou quem a represente. E, como o próprio nome diz, a intervenção é pontual e secundária em relação ao Ministério Público. O assistente da acusação poderá: propor meios de prova, requerer perguntas às testemunhas, participar do debate oral e apresentar razões para os recursos interpostos.

Observa-se que, não obstante o encorajamento para que a vítima tome parte de um interesse que é, em verdade, seu, pode-se concluir que a vítima permanece alheia ao seu próprio conflito, na medida em que terá papel acessório para o desenrolar do processo. Mais do que isso: a vítima, na qualidade de assistente da acusação, não terá a oportunidade de participar em fase pré-processual. Diante

do que foi abordado, conclui-se que a participação da vítima não abrange sequer o contraditório que se espera de um processo penal democrático. O momento processual e a previsão legal podem até existir, no entanto, o que se percebe é a sistemática exclusão da efetiva participação da vítima.

De outro lado, na ação penal de iniciativa privada vislumbra-se uma maior atividade da vítima, já que será ela ou quem tenha qualidade para representá-la que dará início ao processo penal através da apresentação da queixa crime (art. 30 do CPP).

Contudo, os casos que são submetidos à iniciativa da vítima são apenas aqueles previstos em lei, ou seja, remontam a um grupo muito restrito de delitos. Há também a possibilidade da ação penal ser privada subsidiária da pública (art. 29 do CPP), o que significa dizer que se o Ministério Público (titular da ação penal pública) não oferecer manifestação dentro do prazo legal, a vítima poderá oferecer a queixa subsidiária no prazo de seis meses, contados a partir do final do prazo do órgão de acusação.

As Leis n. 11.690/08 e 11.719/08 trouxeram algumas alterações para o Código de Processo Penal. No contexto de valorização da vítima, as duas principais novidades são a previsão de criação de estruturas para apoio multidisciplinar à vítima de crime e a possibilidade de fixação na sentença condenatória de valor mínimo para a reparação dos danos causados pela infração.

A nova redação do artigo 201, do Código de Processo Penal, assegurou à vítima alguns direitos, como a comunicação dos atos processuais (§2º), a reserva de espaço separado antes da audiência (§4º), preservação de sua intimidade, vida privada, honra e imagem (§6º) e indica (§5º) que: “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”.

Como é cediço, as consequências de um crime não respingam apenas na esfera jurídica; a vítima, para se sentir amparada, necessita de suporte em diversas áreas, daí a importância deste atendimento multidisciplinar.

No Estado de São Paulo, foram criados, em 1998 pelo Governo do Estado, os Centros de Referência e Apoio à Vítima (CRAVI), que é um programa da Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania que serve como referência para ações e políticas públicas que promovam o reconhecimento e o acesso aos direitos das vítimas de violência, garantindo suporte psicológico, social e jurídico àqueles que sofrem com os danos gerados pela violência (vítima, seus familiares e/ou pessoas ligadas a ela afetivamente). O atendimento é público e gratuito e é realizado por equipe multidisciplinar formada por psicólogos, assistentes sociais e defensores públicos.

A nova redação do artigo 387, IV, do Código de Processo Penal, por sua vez, determina que o juiz fixará na sentença condenatória “valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido”. De forma complementar, os artigos 63 a 68, do Código de Processo Penal, regulam a ação civil decorrente do delito.

José Paulo Baltazar Júnior (2009, p. 286) destaca que a fixação do valor mínimo busca tornar mais célere a reparação do dano para a vítima, já que, quanto ao patamar mínimo, não há necessidade de processo civil de liquidação, ressaltando que não há prejuízo de eventual liquidação para a apuração do valor do dano efetivamente sofrido.

Como se pode concluir, apesar de novas formas de valorização da vítima, o Código de Processo Penal não traz muitas formas de participação efetiva da vítima para a resolução do seu próprio conflito. Para tentar mudar este cenário, a Constituição Federal (art. 98, I) determinou a criação dos Juizados Especiais, o que no âmbito criminal representou um avanço em diversos aspectos.

Assim sendo, a Lei 9.099/95 trouxe inovações para o processo penal, prevendo a inserção de institutos despenalizadores e alguns mecanismos que possuem características do modelo consensual de resolução de conflitos. Para a perspectiva de estudo abordada neste trabalho, serão destacados: a composição civil, a transação penal e a suspensão condicional do processo. A composição civil pretende a reparação dos danos suportados pela vítima (um dos objetivos declarados da Lei n. 9.099/95).

Contudo, o que se tem observado é o insucesso da conciliação, isso porque ela tem tido lugar em um momento extremamente célere em que diversas audiências são marcadas em um espaço de tempo muito curto, o que usualmente tem causado a ineficiência da ferramenta. Aqui se fala em insucesso não pela quantidade de acordos obtidos (dados que podem mascarar a realidade), mas pela qualidade do momento de conciliação proposto às partes.

Neste espaço curto de tempo, a vítima não terá condições de expressar as suas necessidades e anseios e muitas vezes serão repreendidas por ser inconveniente para o prosseguimento célere do processo. O fato de o juiz presidir a audiência de conciliação adiciona mais um fator de influência para que as partes não sejam livres para se expressar e para buscar uma solução conjunta. Isso porque, para a vítima, o magistrado representa o Estado, que roubou o seu conflito, e para o infrator a postura demonstrada pelo juiz pode antecipar o que o espera em um julgamento caso não aceite as propostas feitas.

Diante disso, seria importante a presença de um conciliador ou de um mediador que fossem altamente capacitados e valorizados para este momento processual, que pode representar não somente a finalização de um processo penal, mas a satisfatória solução de um conflito penal.

Superada a fase da composição civil, não sendo esta alcançada e não sendo caso de arquivamento, ter-se-á a transação penal como próximo passo. Neste momento processual, o representante do Ministério Público fará uma proposta de aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa, evitando-se a instauração do processo penal. Nos casos de ação penal privada, a doutrina (GRINOVER et al., 2005, p. 163; MACHADO, 2013, p. 342; LIMA, 2014, p. 225) tem visto com bons olhos a possibilidade do querelante, auxiliado por seu advogado, formular a proposta transacional.

Em seguida, não sendo possível a transação penal, poderá ser proposta pelo representante do Ministério Público a suspensão condicional do processo para os casos em que a lei autoriza. Esta é uma etapa em que há mínima participação da vítima, não obstante o fato de que, caso aceita a proposta, a ação penal não terá prosseguimento e a vítima estará vinculada à proposta de reparação do dano que for feita pelo representante do Ministério Público. Parece uma incoerência do sistema.

Neste sentido, Fernando Andrade Fernandes (2001, p. 675) propõe a participação da vítima na elaboração da proposta de suspensão condicional do processo:

Particularmente no que se refere à suspensão condicional do processo, face à previsão legal da presença da vítima no momento da conciliação, afirma-se que a transação sem a sua presença será um acordo pela metade, não resultará na plena

solução do conflito, visto que ela não poderá formalmente intervir na fixação da reparação dos danos a que fica condicionada a suspensão. Sugere-se então que o juiz determine a intimação da vítima para comparecer à audiência especial de conciliação, viabilizando dessa forma uma adequada fixação da reparação bem como a pacificação entre ela e o acusado.

Importante ressaltar, por fim, que os Juizados Especiais Criminais recebem apenas as contravenções penais e os crimes que a lei define pena máxima não superior a dois anos, cumulada ou não com multa. Este critério definido demonstra que o legislador brasileiro entende que o espaço de diálogo deve estar limitado aos delitos tidos como menos graves.

Os princípios informativos da Lei n. 9.099/95 são: a oralidade, a simplicidade, a informalidade, a economia processual e a celeridade (art. 2º). Na prática, o problema tem sido fazer coexistir estes princípios com a adequada aplicação dos instrumentos de consenso. Para que a vítima tenha a possibilidade de participar efetivamente da resolução do conflito, não é possível que se estipule um prazo máximo para que a solução apareça. Conforme abordado anteriormente, o sucesso das técnicas consensuais de resolução dos conflitos baseia-se no diálogo e na troca de experiências, o que só pode se alcançado com a disponibilidade de tempo e empenho dos envolvidos.

Entretanto, o que tem ocorrido é uma aceleração exagerada do procedimento para que a celeridade seja alcançada. E, com isso, o que se tem obtido é um processo rápido, mas que não respeita as peculiaridades do caso e que não permite a participação e interação da vítima com o ofensor de forma responsável, pois isso demandaria tempo. Desta forma, parece que todos os instrumentos promissores instituídos pela Lei n. 9.099/95 têm perdido o seu propósito inicial em nome da celeridade.

Um novo horizonte de estudos se apresenta com o projeto do novo Código de Processo Penal (projeto de Lei n. 8.045/2010) que propõe significativas mudanças para o ordenamento jurídico brasileiro. Mais uma vez, em respeito ao recorte temático proposto neste trabalho, serão abordados os aspectos que mais interferem na participação da vítima para a solução do conflito penal.

Inicialmente, o projeto já traz uma novidade interessante ao conceituar vítima (art. 90):

Considera-se “vítima” a pessoa que suporta os efeitos da ação criminosa, consumada ou tentada, dolosa ou culposa, vindo a sofrer, conforme a natureza e as circunstâncias do crime, ameaças ou danos físicos, psicológicos, morais ou patrimoniais, ou quaisquer outras violações de seus direitos fundamentais.

De forma inovadora, o projeto também elenca alguns direitos que devem ser assegurados às vítimas (art. 91):

São direitos assegurados a vítima, entre outros:

- I) ser tratada com dignidade e respeito condizentes com a sua situação;
- II) receber imediato atendimento médico e atenção psicossocial;
- III) ser encaminhada para exame de corpo de delito quando tiver sofrido lesões corporais;

- IV)** reaver, no caso de crimes contra o patrimônio, os objetos e pertences pessoais que lhe foram subtraídos, ressalvados os casos em que a restituição não possa ser efetuada imediatamente em razão da necessidade de exame pericial;
- V)** ser comunicada:
 - a)** da prisão ou soltura do suposto autor do crime;
 - b)** da conclusão do inquérito policial e do oferecimento da denúncia;
 - c)** do eventual arquivamento da investigação;
 - d)** da condenação ou absolvição do acusado;
- V)** obter cópias de peças do inquérito policial e do processo penal, salvo quando, justificadamente, devam permanecer em estrito sigilo;
- VI)** ser orientada quanto ao exercício oportuno do direito de representação, de ação penal subsidiária da pública, de ação civil por danos materiais e morais, da adesão civil à ação penal e da composição dos danos civis para efeito de extinção da punibilidade, nos casos previstos em lei;
- VII)** prestar declarações em dia diverso do estipulado para a oitiva do suposto autor do crime ou aguardar em local separado até que o procedimento se inicie;
- VIII)** ser ouvida antes de outras testemunhas, respeitada ordem prevista no caput do art. 276;
- IX)** peticionar às autoridades públicas para se informar a respeito do andamento e deslinde da investigação ou do processo, bem como manifestar as suas opiniões;
- X)** obter do autor do crime a reparação dos danos causados, assegurada a assistência de defensor público para essa finalidade;
- XI)** intervir no processo penal como assistente do Ministério Público ou como parte civil para o pleito indenizatório;
- XII)** receber especial proteção do Estado quando, em razão de sua colaboração com a investigação ou processo penal, sofrer coação ou ameaça à sua integridade física, psicológica ou patrimonial, estendendo-se as medidas de proteção ao cônjuge ou companheiro, filhos, familiares e afins, se necessário for;
- XIII)** receber assistência financeira do poder público, nas hipóteses e condições específicas fixadas em lei;
- XIV)** ser encaminhada a casas de abrigo ou programas de proteção da mulher em situação de violência doméstica e familiar, quando for o caso;

XV) obter, por meio de procedimentos simplificados, o valor do prêmio do seguro obrigatório por danos pessoais causados por veículos automotores.

Apesar destas modificações, que procuram incentivar a valorização da vítima, o projeto extingue a ação privada, subsistindo apenas a ação penal privada subsidiária da pública (art. 48). Desta forma, o processo penal será sempre de iniciativa pública (art. 45), podendo ser condicionado à representação da vítima em alguns casos previstos em lei (art. 46).

Após a análise da legislação vigente no país e também do projeto de lei que poderá vigorar, percebe-se que o sistema penal brasileiro não é carente de instrumentos que podem viabilizar a participação da vítima, mas ainda possui um caráter essencialmente punitivo que limita algumas tentativas de evolução (no sentido de inclusão da vítima).

Assim sendo, parece que as ferramentas de resolução consensual dos conflitos penais, que procuram uma maior inclusão da vítima neste procedimento, acabam por se tornar acessórias. Nesta linha de raciocínio, a participação da vítima é bem-vinda até o ponto em que auxilia na punição do infrator, ou seja, a participação da vítima não é vista como um fim (possibilidade de solucionar satisfatoriamente o conflito), mas apenas como uma etapa de um processo que tem como objetivo final a imposição de sanção penal ao infrator.

Sobre a predominância de práticas punitivas, Ana Gabriela Mendes Braga (2012, p. 31) ressalta que:

A necessidade de que o direito penal responda ao fato criminoso por meio da punição é tão forte que a “pena” constitui a própria denominação desse ramo do direito. A preferência pelo uso do termo *penal* em detrimento de *criminal* evidencia a relação quase intrínseca entre crime e pena.

Desta forma, o que existe é a adoção de institutos estanques, isolados, que procuram simular maior participação da vítima, contudo, como não são adotados os valores e princípios de valorização do diálogo, observa-se que os valores punitivos característicos da justiça retributiva absorvem qualquer tentativa de se firmar práticas consensuais, principalmente ao considerar as práticas de resolução consensual como perda de tempo.

Ora, para que se possa falar em verdadeira mudança, não basta que os institutos estejam previstos na legislação; é preciso que os valores consensuais sejam respeitados e, por consequência, que a vítima seja respeitada. Neste sentido, deve existir uma “troca de lentes”² por parte de todos envolvidos na resolução do conflito penal. A abordagem com relação aos instrumentos que possibilitem a participação da vítima deve ser encarada com seriedade e não com base nos preceitos usualmente utilizados para o processo penal punitivo.

Nota-se que as principais razões para a falta de credibilidade do sistema judiciário brasileiro são: a ineficácia, a burocracia e a morosidade. As políticas públicas adotadas pelo Estado brasileiro não tem tido sucesso na contenção da violência. Desta forma, a repressão e a prevenção anunciadas

2 A “troca de lentes” é expressão consagrada pelo autor Howard Zehr, pioneiro no campo da Justiça Restaurativa, e representa a necessária mudança de foco sobre o crime e sobre a vítima, a fim de que novos resultados possam efetivamente ser observados pelos modelos de justiça criminal adotados.

estão falhando e o Estado não é visto como ente capaz de resolver os conflitos penais (SICA, 2007, p. 1).

Neste mesmo sentido, Raffaella Pallamolla (2009, p. 136) ressalta que o sistema de justiça penal brasileiro é seletivo e estigmatizante na medida em que “expõe sua incapacidade para desempenhar sua função (declarada) de prevenção e contenção da criminalidade e, por outro lado, demonstra sua função (real) de excluir e marginalizar parcela da população social e economicamente mais vulnerável”.

Levando em consideração essas avaliações, parece ser a hora de valorizar as partes do conflito e pensar que o delito viola pessoas e relacionamentos e que a justiça pode ser alcançada com a reparação da vítima, com a recuperação do ofensor e com a reconciliação de ambos. Talvez, a partir desta nova visão, a justiça possa ser finalmente alcançada.

Estas reflexões coadunam com o que ensinam Antônio García-Pablos de Molina e Luiz Flávio Gomes (2012, p. 503):

Que se 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 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*).

É preciso, no entanto, que o discurso de valorização da vítima seja coerente com as práticas processuais adotadas no cotidiano da justiça penal.

Ressalta Eugênio Raúl Zaffaroni (1991, p. 16) que um sistema penal somente será considerado legítimo quando houver coerência entre o discurso jurídico penal e o seu valor real na aplicabilidade diária, ou seja, a atuação deve estar de acordo com o discurso realizado.

Todavia, enquanto a distribuição da culpa e a sanção do infrator forem os objetivos do processo penal brasileiro e as ferramentas de solução consensual forem apenas complementares a estes objetivos (meras etapas), dificilmente será reconhecida a importância da vítima como personagem principal para a solução do conflito penal.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho não tem a intenção de exaurir o tema sobre a importância da participação da vítima no processo penal, mas teve como objetivo apontar as diversas formas de participação possíveis e também os mecanismos de participação já implantados no sistema penal brasileiro. A partir da análise dos modelos de justiça criminal retributivo e restaurativo foi possível vislumbrar que o modelo restaurativo propõe uma visão de interação da vítima ao processo penal que pode ser vista como ideal, pois representa a retomada do conflito por parte da vítima. No Brasil, foi possível identificar que o sistema é predominantemente punitivista e, por isso, possibilita pouca participação

da vítima na resolução do conflito penal. No entanto, algumas ferramentas de inclusão da vítima já estão sendo previstas nas legislações pátrias.

A Lei n. 9.099/95 trouxe institutos despenalizadores que indicaram uma nova oportunidade de modificação da forma como a vítima é tratada. O projeto de Novo Código de Processo Penal também está trazendo evoluções no sentido de valorização da vítima e de sua participação.

Contudo, além destas análises, este trabalho procurou ressaltar que a deficiência do Brasil não está na falta de previsão legal, pois, conforme se tentou demonstrar, as ferramentas de inclusão da vítima existem; o que está faltando é a incorporação dos valores corretos no momento da aplicação desses instrumentos.

A valorização da vítima somente será possível a partir do momento em que o diálogo e as formas consensuais de resolução de conflitos conquistarem o respeito dos operadores do direito e, conseqüentemente, da população. Isso, todavia, não será possível enquanto a participação da vítima for utilizada como um meio para atingir a punição do infrator e não como um fim em si mesmo.

REFERÊNCIAS

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. A sentença penal de acordo com as leis de reforma. In: NUCCI, Guilherme de Souza (Org.). **Reformas no processo penal**. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.

BRAGA, Ana Gabriela Mendes. Cultura da paz, mediação e justiça restaurativa: ferramentas para repensar a relação sociedade-cárcere. In: BENTES, Hilda Helena; SALLES, Sérgio de Souza.. (Org.). **Mediação e Educação em Direitos Humanos**. 1ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 27-43.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Normas e princípios das Nações Unidas sobre prevenção ao crime e justiça criminal**. Brasília: Secretaria Nacional de Justiça, 2009.

FERNANDES, Fernando Andrade. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Almedina, 2001.

FREITAS, Marisa Helena D'Arbo Alves de. **Responsabilidade do Estado pelos danos às vítimas de crimes**. 2001. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de História, Direito e Serviço Social, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini et. al. **Juizados especiais criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995**. 5. ed. São Paulo: Editora RT, 2001.

HULSMAN, Louk. CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas: o sistema penal em questão**. Rio de Janeiro: Editora Luam, 1993.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**. Salvador: Editora JusPodivm, 2014.

MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de processo penal**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MOLINA, Antônio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 8. ed. São Paulo: Editora Re-

vista dos Tribunais, 2012. (Coleção ciências criminais; v. 5).

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

PIEIDADE JÚNIOR, Heitor. **Vitimologia**: evolução no tempo e no espaço. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1993.

ROULAND, Norbert. **Nos confins do direito**: antropologia jurídica da modernidade. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. (Coleção justiça e direito).

SICA, Leonardo. **Justiça restaurativa e mediação penal**: um novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

ZEHR, Howard. **Trocando as lentes**: um novo foco sobre o crime e a justiça. São Paulo: Palas Athena, 2008.



INFORMAÇÕES DOS AUTORES

Carolina Ângelo Montolli: Conselheira Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção Minas Gerais. Servidora Pública de Carreira da Fundação João Pinheiro. Docente e Pesquisadora da Escola de Governo Professor Paulo Neves de Carvalho e do Centro de Estudos em Políticas Públicas. Vice-presidente da Comissão de Estudos Jurídicos da Associação dos Advogados Criminalistas de Minas Gerais. Membro da Comissão de Direito Militar da OAB/MG. Pós-doutorado em Direito Penal e Garantias Constitucionais. Pós-doutorado em Direito Internacional dos Direitos Humanos. Doutora em Direito Público. Instrutora da Academia de Polícia Militar de Minas Gerais e da Academia do Corpo de Bombeiros Militar do Estado de Minas Gerais. Professora Titular em Direito Penal da Faculdade Pitágoras Campus Afonso Pena. Advogada Criminal Militar. Email: carolinaangelomontolli@gmail.com