XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

SÉRGIO AUGUSTIN

SÉRGIO HENRIQUES ZANDONA FREITAS

Copyright © 2018 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof.
Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

---

D597

Direito penal, processo penal e constituição I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNISINOS
Coordenadores: Sérgio Augustin; Sérgio Henriques Zandona Freitas. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-715-1
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Porto Alegre, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidade do Vale do Rio dos Sinos
Porto Alegre – Rio Grande do Sul - Brasil
http://unisinos.br/novocampuspoa/

XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

Apresentação

É com muita satisfação que apresentamos o Grupo de Trabalho (GT) denominado "DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I" do XXVII Congresso Nacional do CONPEDI Porto Alegre/RS promovido pelo CONPEDI em parceria com a Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), com enfoque na temática "Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito", o evento foi realizado entre os dias 14 e 16 de novembro de 2018 no Campus de Porto Alegre, Av. Dr. Nilo Peçanha, 1600 / Bairro Boa Vista - Porto Alegre/RS.

Trata-se de publicação que reúne artigos de temas diversos atinentes ao Direito Penal, Criminologia e o Processo Penal apresentados e discutidos pelos autores e coordenadores no âmbito do Grupo de Trabalho e Linha de pesquisa. Compõe-se de artigos doutrinários, advindos de projetos de pesquisa e estudos distintos de vários programas de pós-graduação do país, que colocam em evidência para debate da comunidade científica assuntos jurídicos relevantes.

Assim, a coletânea reúne gama de artigos que apontam questões relativas aos (des)caminhos do processo penal: o silêncio dos intelectuais; estado de exceção: legitimidade estatal em crise no cenário da criminalidade; o espetáculo midiático do processo penal: análise acerca da colisão entre o direito à informação e o direito a um justo julgamento; paradigmas e legados da operação lava jato para enfrentamento da cultura da corrupção, criminalização da política e crise de representatividade democrática; a importância do ofendido na relação processual penal; a proteção do patrimônio genético humano: por uma política criminal prospectiva; as relações entre compliance e a possível responsabilização da pessoa jurídica; cooperação jurídica internacional em matéria penal: noções fundamentais e paradigmas atuais frente a novas perspectivas globais; crime de terrorismo e crime político: definições, aproximações e distinções; expectativas e jurisdição: dinâmica de poder e a atuação do julgador no processo penal; o crime continuado e a possibilidade de uma interpretação fraterna; a aplicabilidade da justiça restaurativa nos casos de perturbação ao sossego e tranquilidade; a audiência de custódia e sua (in)capacidade de alteração do cenário prisional brasileiro; comissão técnica de classificação; o exercício de greve pelos militares: proibição, sanções penais e anistia; a execução provisória da pena e a presunção de inocência: notas sobre uma contenção democrática do poder punitivo; o sigilo das comunicações e o uso das interceptações telefônicas como meio de prova no processo penal: em busca da proteção da privacidade; e a

cadeia de custódia e a prova pericial: conectando aspectos inovadores ao direito processual penal.

Em linhas gerais, os textos reunidos traduzem discursos interdisciplinares maduros e profícuos. Percebe-se uma preocupação salutar dos autores em combinar o exame dos principais contornos teóricos dos institutos, aliando a visão atual da jurisprudência com a prática jurídica dos estudiosos do Direito. A publicação apresentada ao público possibilita acurada reflexão sobre tópicos avançados e desafiadores do Direito Contemporâneo. Os textos são ainda enriquecidos com investigações legais e doutrinárias da experiência jurídica estrangeira a possibilitar um intercâmbio essencial à busca de soluções para as imperfeições do sistema jurídico penal e processual penal brasileiro.

O fomento das discussões a partir da apresentação de cada um dos trabalhos ora editados, permite o contínuo debruçar dos pesquisadores do Direito visando ainda o incentivo aos demais membros da comunidade academica a submissao de trabalhos aos vindouros encontros e congressos do CONPEDI.

Sem dúvida, esta publicação fornece instrumentos para que pesquisadores e aplicadores do Direito compreendam as múltiplas dimensões que o mundo contemporâneo assume na busca da conjugação da promoção dos interesses individuais e coletivos para a consolidação de uma sociedade dinâmica e multifacetada.

Na oportunidade, os Organizadores prestam sua homenagem e agradecimento a todos que contribuíram para esta louvável iniciativa do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), em especial, a todos os autores que participaram da presente coletânea de publicação, em especial, pelo comprometimento e seriedade demonstrados nas pesquisas realizadas e na elaboração dos textos de excelência.

Convida-se a uma leitura prazerosa dos artigos apresentados de forma dinâmica e comprometida com a formação de pensamento crítico, a possibilitar a construção de um Direito voltado à concretização de preceitos insculpidos pela Constituição da República.

Porto Alegre, novembro de 2018.

Professor Dr. Sérgio Augustin

Universidade de Caxias do Sul

Professor Dr. Sérgio Henriques Zandona Freitas

Universidade FUMEC e Instituto Mineiro de Direito Processual

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A IMPORTÂNCIA DO OFENDIDO NA RELAÇÃO PROCESSUAL PENAL

THE IMPORTANCE OF OFFENDERS IN THE PENAL PROCEDURAL RELATIONSHIP

Simone Matos Rios Pinto [1]
Jéssica Regina de Moura Morais [2]

Resumo

O presente artigo propõe, pela metodologia de pesquisa qualitativa, estabelecer a crítica acerca da importância e relevância do ofendido no Processo Penal ao longo do tempo. De protagonista a vítima passa a ser neutralizada com a monopolização do direito de punir pelo Estado. Em tempos atuais, o afastamento provoca crise de legitimação do Processo por não reconhecer os seus direitos e garantias constitucionais. Precisa-se reacender o debate para a democratização do procedimento criminal com inclusão e oportunidade de participação efetiva da vítima na tramitação da infração penal.

Palavras-chave: Infração penal, Ofendido, Processo, Neutralização, Inclusão

Abstract/Resumen/Résumé

The article has the purpose of putting in evidence the discussion about the relevance of the victim in the Criminal Procedure throughout time using a qualitative research method. From protagonist, the victim is neutralized by the State's monopoly on the right to punish. The removal of the victim causes a legitimacy crisis in the Criminal Procedure by not recognizing the victim's rights and constitutional guarantees. It is necessary to ignite the discussion on this matter in order to make the Criminal Procedure more democratic by giving the victim an opportunity to effectively participate in the processing of the criminal offense.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Criminal offense, Offended, Process, Neutralization, Inclusion

---

[1] Professora, doutora em Direito Público.

[2] Especialista em Ciências Criminais

1 INTRODUÇÃO

Pretende-se, com o presente artigo, delinear a importância do ofendido no Processo Penal, objetivando analisar, a partir do contexto histórico, a vítima em relação ao dano sofrido e as consequências de sua neutralização na resposta estatal da infração penal.

Em meados da Idade Média, tempos em que não existia o Estado com o monopólio do poder de punir, a vítima respondia aos delitos com suas próprias mãos. Sem nenhum controle, travavam-se guerras e fomentavam ciclos de violência entre os homens ou tribos. Posteriormente, com o advento do Estado moderno e o fortalecimento das monarquias, a vítima passa a ser paulatinamente neutralizada, assumindo o Estado a responsabilização pela punição do ofensor, gerando duas interpretações e conclusões. Se por um lado o Estado, com um poder coercitivo forte, pode dar a resposta ao delito de maneira a proteger o ofendido do embate, principalmente as vítimas mais fragilizadas com o dano sofrido; por outro, observa-se que, em muitos casos, é sonegado a ela o direito de argumentação e participação como primeira interessada na persecução penal e na condução do processo.

A punição tem sido a única resposta dada pelo Estado à pessoa que cometeu um crime, pouco importando com a consequências que a infração penal causou no ofendido, preocupando-se tão somente em punir e retribuir o mal causado ao autor do fato ilícito.

Diante da percepção de que a legitimidade do afastamento total da vítima pode ser questionada frente ao atual modelo que se intitula Estado Democrático de Direito, faz-se uma revisão nos conceitos e começa-se a dar vozes aos ofendidos não só para noticiar a infração como também possibilitando um reconhecimento como interessados na persecução penal. Nesta esteira, a vitimologia e o movimento vitimológico embalaram-se numa reflexão acerca do papel do ofendido no Processo Penal.

As transformações começaram, no Brasil, com a reforma legislativa, sobretudo com as Leis n.º 11.690/08 e 11.719/08 que alteraram os artigos 63, 201 e 387, IV, do Código de Processo Penal, como uma das formas de efetivar o direito do ofendido à informação e indenização, ganhando mais espaço, amparo e atenção durante a instrução processual, haja vista que seu sofrimento com a situação vivida o afeta, trazendo vários prejuízos, principalmente medo e insegurança.

Contudo, percebe-se que, a reforma do direito processual penal em relação às garantias concedidas à vítima, ainda é insuficiente e que o ofendido perpassa por outras vitimizações dentro

do sistema penal, que se intitula responsável pelo controle social, seja policial ou judicial, quando opera de forma indevida, infringindo o princípio da dignidade da pessoa humana daquele que já sofreu o dano, e torna-se novamente vitimizado pelo despreparo dos integrantes dessas instituições.

Na esfera penal, ao autor do crime é assegurado o direito de defesa no processo, nomeando defensor público ou advogado dativo para assisti-lo quando ele não possuir condições financeiras para constituir defensor. A Constituição Federal garante, como direito fundamental, no seu artigo 5º, LXXIV, que o "Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos". Questiona-se se esta garantia deve se estender à vítima, para que a mesma possa ter espaço de ser representada no conflito, com o amparo necessário à informação, à restituição de bens, à reparação do dano ou mesmo oportunidade de se expressar diante do conflito penal.

2 CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA

Podem-se destacar entendimentos diversos acerca das fases que permearam o Processo Penal e a participação do ofendido.

De acordo com Fernandes (1995), a vítima passou por três grandes fases, sendo que a primeira corresponde à etapa da vingança privada e da justiça privada; a segunda, um longo período de esquecimento; e a terceira se refere à época do redescobrimento desta em tempos atuais.

Já para Lopes Júnior (2012), são quatro fases marcadas na história da vítima: a vingança privada, a vingança pública, a fase da humanização e a etapa atual de relativa participação e reconhecimento.

Molina e Gomes (2008, p. 78), sustentam que: "[...] protagonismo, neutralização e redescobrimento são, pois, três fases que poderiam refletir o *status* da vítima do delito ao longo da história".

O que se pretende no momento atual é pensar o paradigma da inclusão, sem, contudo, retroceder à vingança privada, haja vista que o monopólio do direito de punir é do Estado.

2.1 Antecedentes do tempo da justiça privada

Com o surgimento da civilização, a vítima respondia às ofensas com as próprias forças, no tempo da denominada justiça privada. Esta resposta não era feita somente pelo ofendido, mas,

também, por seus familiares ou até mesmo pela comunidade e ainda se estendia para além do ofensor. Conforme assevera Lopes Júnior:

> A vítima nos primórdios da civilização teve relevante papel, como protagonista da relação processual penal na punição dos autores dos crimes atuando até mesmo em causa própria com legitimidade para punir o infrator, pois a vítima ou suas famílias tinham o direito de prosseguir com a vingança, inicialmente privada e depois, regulamentada e pública ou posteriormente obter uma compensação financeira com a composição. Nos sistemas de justiça da antiguidade a compensação era uma das medidas mais comuns na reparação da vítima ou de seus familiares.
> (LOPES JÚNIOR, 2012, p. 18)

Nos relatos de Fernandes registra-se o período da vingança privada ou de sangue:

> O período da vingança privada ou de sangue, em que a vítima agia com as suas próprias forças ou com o apoio da comunidade, com forte componente de caráter religioso, marcou os estágios mais antigos da civilização. Nessa fase prevalecia a luta, ainda cruel, pela própria sobrevivência pessoal, da família ou da tribo.
> (FERNANDES, 1995, p. 13)

A vítima agia por conta própria dependendo da sua força pessoal ou apoio familiar para impor-se sobre o autor da infração, bem como puni-lo pelo mal causado. Contudo, havia uma desproporcionalidade na resposta dada, ultrapassando a pessoa do ofensor e refletindo em todos da comunidade, ocasionando lutas, a depender da força do ofendido ou de seu grupo.

Ainda, na chamada Idade de Ouro da vítima, fase do período de vingança, compreendida desde os primórdios da sociedade até o final da Idade Média, podem-se perceber os anseios para outras respostas à ofensa, com certa proporcionalidade, com a regra de talião: Olho por olho, dente por dente. Esta regra trouxe o mínimo de equilíbrio entre o mal causado e a punição imposta, regulando as relações sociais desequilibradas, com respostas menos violentas.

Lopes Júnior (2012), assevera que, iniciando-se a baixa Idade Média, no século XII – tempo caracterizado pelo Feudalismo, pelas Cruzadas, bem como pela Inquisição – o ofendido, no âmbito criminal, inicia seu caminho para o ostracismo, sendo substituído pelo soberano e, logo depois, pelo Estado.

Posteriormente, a reação passou a ser regulamentada por tradição, norma e costume, sob o controle e a vigilância de um líder, seja religioso ou político, considerando, assim, a categoria da chamada fase da vingança pública.

Ressalta-se que, à medida que a sociedade foi organizando-se cada vez mais, constatou-se a necessidade de uma regulamentação, haja vista que não interessava mais a vingança desenfreada,

ocasionando grande desestruturação social. Houve, portanto, a partir daí a necessidade de restrição da resposta à agressão sofrida pelo delito, passando-se da vingança privada para a pública.

Com isso, consoante Lopes Júnior (2012), a fase da vingança pública fazia com que a vítima e seus familiares, caso tivessem o interesse de punir o criminoso, noticiasse ao representante do clã o ocorrido para depois reagirem.

> Assim, quando a vítima e seus parentes pretendiam punir o autor do crime, deviam se dirigir a um representante do clã, da comunidade ou autoridade pública, incumbido de verificar se eram obedecidas determinadas regras formais e se a vingança não ultrapassava os limites estabelecidos nas normas então em vigor, fossem ela de índole religiosa ou de direito. (LOPES JÚNIOR, 2012, p. 23)

No entanto, ainda que prevalecesse na fase da vingança pública a ideia de que desviava o poder do ofendido e a atuação da vingança, permanecia a vontade da prática de vingança privada.

No que se refere aos prejuízos causados pelo crime, escritos antigos estabeleciam antecipadamente a quantia a ser paga como indenização. Podem aqui ser referidos os seguintes textos: o Código de Ur-Nammu, Leis de Eshnunna, Código de Hammurabi, Alcorão, Código de Manu, Lei da XII Tábuas, legislação mosaica e o Direito Talmúdico.

Observa Fernandes (1995, p.14), que "[...] a composição pecuniária surge como forma de restringir a vingança privada, representando um substitutivo para a pena". E ainda "[...] podia normalmente a vítima optar entre a reparação do dano ou a promoção do processo e, neste, além da previsão de outras sanções, era também determinado o pagamento de uma soma em dinheiro ao ofendido.". (FERNANDES, 1995, p. 15)

No paradigma atual, a indenização passa novamente a integrar a resposta à infração penal, possibilitando ao ofendido a indenização pelo dano sofrido em virtude do ilícito penal.

2.2 Do Estado moderno

Com o fortalecimento das monarquias e do Estado moderno, o ofendido foi abandonado em segundo plano. O direito penal integra matéria pública, sendo o delito considerado como ameaça à ordem pública e social, devendo o soberano ou o Estado atuar na averiguação e punição do infrator.

O Processo Penal foi neutralizando a vítima, no sentido de reduzir seu papel a meio de prova, sendo que a relação jurídica formada é entre juiz, acusador e réu, ocasião que o Ministério Público atua como acusador, promovendo a ação penal em quase todos os delitos, mas, voltado para a defesa da sociedade.

Contudo, assevera Lopes Júnior (2012. p.37), o litígio era resolvido entre as partes pelo uso de forças ou duelos verbais, momentos em que o promotor de justiça substitui o ofendido.

Assim, o Estado preocupou-se com o seu monopólio para aplicar sanções aos infratores de delitos, haja vista o direito penal e processual penal ser entendido como de interesse público, portanto, a vítima começou a ser excluída da relação processual penal em face de essa matéria pública ser considerada de ordem social.

O autor do crime passa a ser o protagonista, e o ofendido ocupa o lugar de coadjuvante, ou seja, tornou-se meramente acessório do procedimento, obtendo papel somente para noticiar o fato ocorrido.

Neste sentido, relata Fernandes (1995, p. 16), "[...] a vítima só poderá acusar em número pequeno de casos, enquanto nos demais, a grande maioria, cabe-lhe somente o dever de noticiar o fato e de testemunhá-lo perante o tribunal.".

Desta forma, iniciou-se a fase do ostracismo do ofendido, ocasião que este ocupa lugar periférico no sistema criminal, servindo na produção de prova.

Neste sentido, o artigo 345, do Código Penal, proíbe a justiça com as próprias mãos tipificando a conduta da vítima que busca pretensão própria.

Um outro paradigma se inicia, sobretudo a partir da Segunda Guerra Mundial (1939–1945), com os estudos voltados para o ofendido e seus familiares na propalação de conceitos e resultados dos atos com o desenvolvimento da vitimologia, com o fito de prevenir os processos de vitimização, analisar a personalidade e o comportamento, buscando as possibilidades que assegurassem a indenização do dano sofrido.

A vitimologia, originada de um ramo da criminologia, embala-se numa reflexão de revisão do papel do ofendido, passando a discutir a nova imagem deste perante o processo, abordando, inclusive, a questão de não ser excluído da solução do conflito; eis que também é parte interessada na relação processual, como sujeito dotado de direitos e garantias fundamentais, não podendo ser considerado como coadjuvante e sujeito passivo de um delito penal.

Não se consegue precisar cada fase nas diversas regiões do mundo devido as diferenças culturais. No Brasil, por exemplo, a história permeia poucos séculos após a vinda dos europeus para terras até então indígenas. O processo de civilização foi marcado por arbítrios e desumanidades em que Estado e Igreja praticavam o Poder de Punir sem limites. A resposta penal dependia de quem era o ofendido e qual o Poder que o mesmo representava para a época. Ainda há resquícios, no Direito Processual Penal Brasileiro, desta valorização do procedimento a depender de quem é vítima nos autos, tendo a mídia papel nesta visualização na medida em que divulga com amplitude,

os crimes praticados contra pessoas de classes sociais elevadas. Ao passo que, quando a vítima pertence a uma classe social baixa, pouca elucidação se dá ao caso e na mesma linha, o processo tramitará com a invisibilidade do ofendido.

3 O OFENDIDO NO PROCESSO PENAL

A vítima ou ofendido resume-se naquele indivíduo que sofre diretamente as consequências do prejuízo em decorrência do ilícito penal, como menciona Fernandes (1995, p. 31): "[...] exprime qualquer ente vivo que, por ação de outrem, por ato dele próprio, ou ainda por acidente ou fato de natureza, sofre qualquer espécie de dano.".

No momento atual, observa-se que muitos julgadores ainda se mantém no paradigma da vítima reduzida a meio de prova nos milhares de Processos Penais, contudo, o movimento da inclusão com participação ativa e reconhecimento de seus direitos ganha vozes e fundamenta reformas na legislação infraconstitucional.

3.1 Vitimização

É possível identificar três aspectos da vitimização: a primária, a secundária e a terciária. Sobre processos de vitimização, Oliveira discorre que:

> Um enfoque vitimológico mais amplo permite concluir que o fato criminoso não encerra, em si, a vitimização; antes, dá início a um processo de várias vitimizações em que, muitas vezes, o fator desencadeante nem mesmo representa a mais grave delas. (OLIVEIRA, 1999, p. 110)

Desta forma, a vitimização oriunda do crime pode dar ensejo a vários prejuízos ao ofendido, conforme esclarece Oliveira:

> A vitimização resultante do crime causa danos diversos, materiais, físicos, psicológicos. É claro que a natureza da consequência depende da natureza da infração, da magnitude do dano e da personalidade da vítima (o otimista e o extrovertido reagem de uma forma; o pessimista e o introvertido, de outra); depende também da relação da vítima com o vitimário, do grau de sua participação no delito. Diante de uma mesma situação é possível encontrar reações variadas; um fato, que para determinada pessoa é um drama incomparável, para outra pode ser só um aborrecimento. Muitas vezes, porém, os sentimentos de impotência, de fragilidade, produzem ansiedade, angústia, depressão, podendo desencadear

> processos neuróticos, agravados por sentimentos de culpa e complexos. (OLIVEIRA, 1999, p. 111)

A vitimização primária relaciona-se ao efeito do crime sobre o ofendido. O fato delituoso acarreta algumas mudanças no comportamento da pessoa, com alteração de rotina como, por exemplo, evitar sair à noite, medo de andar só ou mesmo desenvolver aspectos de proteção, como aquisição de armas, *spray* de pimenta, entre outras.

A vitimização secundária, ou também chamada de sobrevitimização, é aquela que envolve o funcionamento dos órgãos responsáveis pelo controle da ordem social no amparo à vítima. Pode se dar no primeiro contato com policiais ou posteriormente, nos procedimentos realizados na delegacia de polícia, ocasião em que é feito o boletim de ocorrência e também no sistema judicial.

Fernandes elucida a frustração que pode advir com a notícia crime dada à polícia:

> A vítima, quando é atendida por um órgão policial na rua após a prática do delito, ou quando se dirige a um estabelecimento policial para noticiar o crime, alimenta grande expectativa em relação ao que lhe será fornecido: espera pronta e rápida apuração do fato criminoso, imaginando por exemplo em crimes patrimoniais que haverá imediata recuperação e devolução da coisa subtraída; aguarda uma dedicação especial ao seu problema, ao seu trauma, ao seu nervosismo, às suas lesões físicas, à sua dor moral; acha que as providências burocráticas, como elaborar um boletim de ocorrência, anotar os nomes das testemunhas, marcar uma data para o retorno, serão logo efetivadas, podendo assim voltar rapidamente ao seu ritmo normal de vida. (FERNANDES, 1995, p. 68)

As deficiências do sistema muitas vezes é provocada por falta de funcionários e estrutura. Acrescenta-se que a vítima, em algumas situações, é vista com descrédito e também torna-se vulnerável em relação à publicidade, como fotografias e comentários. Também percebe-se, por parte das autoridades policiais, inquirição que pode se dar de forma arbitrária contribuindo para a visão negativa que passa a ter diante da ineficácia do atendimento das instituições acarretando a redução das notícias crime por parte de muitos ofendidos.

Nesse sentido, sob a ótica de Fernandes:

> Desestimulada, não mais retorna se novamente for atingida por outro fato delituoso e, mais ainda, passa a ser fator importante na formação de uma opinião pública negativa, difundindo a notícia da ineficiência do sistema. As estatísticas demonstram ser grande o número de vítimas que não procuram a polícia, normalmente por motivos vários, mas sendo razão fundamental a falta de confiança na ação policial: não acreditam em qualquer solução e consideram que somente haverá perda de tempo, não compensando eventual sucesso na investigação os incômodos sofridos. (FERNANDES, 1995, p. 70)

Oliveira acrescenta que este desestímulo contribui para a corrupção no processo:

> A vitimização secundária acontece porque os profissionais, que aí atuam, muitas vezes esquecem o sofrimento da vítima e não se importam com suas expectativas e necessidades. A vítima sente-se desrespeitada, frustrada, uma peça de uma engrenagem que não lhe diz respeito. A vitimização secundária é ainda mais grave nos casos em que a vítima se vê, ela própria, colocada sob suspeita ou é compelida a "incentivar" de alguma forma a eficiência policial, normalmente pelo pagamento de propinas. (OLIVEIRA, 1999, p. 112)

A sobrevitimização, na fase judicial, pode ser identificada quando é chamada novamente para prestar declarações sobre o ocorrido, repetindo as informações dadas na fase anterior. Além de que, a vítima aguarda para prestar depoimento no mesmo espaço físico que pessoas relacionadas ao autor do crime.

Ressalta Fernandes (1995, p. 38) que esse fato é "[...] resultante do indevido funcionamento do sistema processual e da irregular atuação da máquina policial ou judiciária.".

A vitimização secundária torna-se uma realidade preocupante por descortinar quebra de finalidade do setor nas instituições responsáveis pela pacificação social além de causar sentimentos de frustração e impotência diante de um sistema que não a respeita com suas singularidades.

Oliveira discorre sobre esta vitimização:

> Vale analisar alguns possíveis motivos pelos quais a vitimização secundária é mais preocupante que a primária. O primeiro deles diz respeito ao desvio de finalidade: afinal, as instâncias formais de controle social destinam-se a evitar a vitimização. Assim, a vitimização secundária pode trazer uma sensação de desamparo e frustração maior que a vitimização primária (do delinquente, a vítima não esperava ajuda ou empatia). (OLIVEIRA, 1999, p. 113)

Segundo Barros (2008), a vitimização secundária não é somente o sofrimento da vítima perante os órgãos e procedimentos policiais e judiciais, mas também se refere ao desrespeito quanto aos direitos e garantias fundamentais dos ofendidos no Processo Penal.

Há quatro garantias específicas expressas na Declaração da ONU de Princípios Fundamentais de Justiça das Vítimas de Delito, de 1985, que são: ressarcimento, indenização, acesso à justiça a tratamento justo e assistência social. Essas garantias têm por finalidade o combate e a minimização dos efeitos das vitimizações. Para além das recomendações, torna-se necessário a eficácia destes comandos.

A vitimização terciária liga-se à relação do ofendido com o seu meio social e com a mídia. São inúmeros casos em que sua verdade é questionada ou incompreendida, podendo levar a distorções de comentários e mesmo a impaciência com sua dor. Interliga-se ao contato com o meio coletivo, grupo familiar, âmbito escolar, religioso, ou de trabalho. Além de ser abandonada pelo Estado, por vezes, não é compreendido no próprio grupo social.

3.2 Assistente à acusação

O direito de assistência à acusação no ordenamento brasileiro, está previsto no Capítulo IV, do Título VIII, artigo 268 e seguintes, do Código de Processo Penal. Essa assistência pode representar uma segurança para a vítima no andamento processual, na medida em que, um advogado defenderia seus interesses, diante da deficiência do Ministério Público e, de certa forma, a argumentação influenciaria a decisão judicial.

Não há discussão em relação à legitimidade do ofendido auxiliar na assistência ao órgão ministerial, haja vista que é parte principal interessada na continuação da demanda, podendo refletir na relação jurídica processual e no resultado condenatório.

Destaca Fernandes (1995, p. 120–121), "[...] um lado a vítima é algumas vezes impulsionada por sentimento de vingança, por outro, de regra, é justa e moral a sua indignação e digna atenção a sua preocupação com a punição do autor do crime.". Não se trata de um retorno ao tempo da vingança, mas, uma possibilidade de manifestar os interesses do ofendido na persecução penal.

Observa-se que, além da vítima, também há interesse social na aplicação repressiva ao ofensor, sendo um caminho aberto para se colocar ao lado do Ministério Público. Entretanto, essa assistência é feita através da contratação de um advogado, tendo em vista que não há, pelo Estado, interesse de que a vítima auxilie o órgão ministerial, em face do monopólio.

A maioria dos ofendidos não possuem condições financeiras para arcar com esse tipo de auxílio, o que dificulta expressamente, na prática, assistentes nos processos, reforçando o desamparo no procedimento penal.

4 CONSIDERAÇÕES QUE DEVEM SER PONTUADAS E MODIFICADAS

A reforma do Processo Penal teve o intento de destacar o papel da vítima cientificando-a de determinadas decisões processuais e possibilitando a reparação mínima do dano no procedimento

criminal. Contudo, ainda há muito que se avançar para que haja a inclusão efetiva na resposta estatal.

4.1 Análise do artigo 201 do Código de Processo Penal

Com o movimento de reforma do processo penal, adveio a Lei n.º 11.690/2008, sinalizando o início de uma mudança em relação à vítima, começando-se com o movimento de inclusão moderada, conforme denota o artigo 201, do Código de Processo Penal.

Antes da reforma, o artigo limitava-se a perguntas feitas ao ofendido:

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

Com a alteração, há de se ressaltarem importantes direitos concedidos ao ofendido, entre eles a comunicação de determinados atos processuais em relação ao autor do crime, tais como prisão, audiência, sentença, bem como as decisões de tribunais superiores quanto à mudança da sentença proferida por juiz de 1.º grau de jurisdição, além de previsão a atendimentos multidisciplinares.

A legislação dispõe que, se o juiz entender necessário, determinará atendimento na área psicossocial, assistência jurídica e de saúde, às expensas do Estado ou do autor do ilícito penal, sendo que, no caso de este recusar a pagar tais despesas, poderá o juiz utilizar a fiança, se prestada para tal fim.

Outra possibilidade de resguardo de direitos da vítima é a decretação do segredo de justiça para garantir a preservação da vida privada, intimidade, imagem e honra.

Em contrapartida às reformas inclusivas, foi mantida a redação no artigo que possibilita a condução perante a autoridade, a qual é chamada coercitiva, prevista no § 1.º do citado artigo do Código de Processo Penal, totalmente desproporcional e inconstitucional, como defendido por Barros (2009) no sentido de que o mesmo direito ao silêncio concedido ao acusado deve ser resguardado à vítima.

Portanto, é extremamente visível que, com a reforma do referido artigo, procurou-se restabelecer, ainda que de maneira singela, a importância que o ofendido tem no processo, reconhecendo-o como sujeito de direitos que também necessita de atendimento especial.

4.2 Análise do artigo 387, inciso IV, do Código de Processo Penal

A reparação do dano não surge como sanção pública, mas, sim, como interesse individual daquele que foi atingido pelo ilícito penal que prejudicou, em algum aspecto, a vítima. Na evolução da reforma, ao art. 387 do Código de Processo Penal, acrescentou-se o inciso IV, pela Lei n.º 11.719/2008 possibilitando, no pronunciamento da sentença condenatória, a fixação do dano. Essa alteração agiliza uma resposta para o ofendido, que espera uma indenização pelo prejuízo sofrido e que muitas vezes não tem o conhecimento necessário dos seus direitos.

Entretanto, como requisito para a fixação deste direito, seria necessário um requerimento pleiteado pelo ofendido demonstrando o prejuízo patrimonial, ou até mesmo moral, bem como o valor correspondente para a devida indenização, visto que abre a possibilidade do contraditório pelo acusado, ocasião em que poderá contestar o valor requerido.

Assim, não poderia o magistrado arbitrar um valor indenizatório de ofício, sem que haja qualquer pedido, bem como meios de provas, plausíveis e necessárias para desvendar a real quantia devida e perfeitamente proporcional na situação concreta repassada, não obstante estaria desrespeitando os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Nesse sentido, sobre a necessidade pedido formal da vítima manifesta-se Nucci:

> Admitindo-se que o magistrado possa fixar o valor mínimo para a reparação dos danos causados pela infração penal, é fundamental haver, durante a instrução criminal, um pedido formal para que se apure o montante civilmente devido.[...]
> A parte que o fizer precisa indicar valores e provas suficientes a sustenta-los. A partir daí, deve-se proporcionar ao réu a possibilidade de se defender e produzir contraprova, de modo a indicar valor diverso ou mesmo a apontar que inexistiu prejuízo material ou moral a ser reparado. Se não houver forma pedido e instrução específica para apurar o valor mínimo para o dano, é defeso ao julgador optar por qualquer cifra, pois seria nítida infringência ao princípio da ampla defesa.
> (NUCCI, 2008, p. 691)

E também Távora e Alencar:

> Não funcionaria como um efeito automático da sentença condenatória, que até então apenas tornava certa a obrigação de indenizar. O magistrado não pode julgar extra petita, de sorte que só estabelecerá o valor da indenização se tal requerimento lhe foi apresentado, em regra, com a apresentação da inicial acusatória. (TÁVORA; ALENCAR, 2014, p. 182–183)

Neste sentido, como grande parte dos autores de crime são pessoas hipossuficientes, ou seja, pobres, é possível constatar que, mesmo com previsão de reparação do dano, nem sempre este comando se torna efetivo.

Barros (2009), discorre que a decisão que é tomada pelo juiz, quando por si só fixa um valor para indenização do dano, sem o seu devido requerimento, seja pelo ofendido, seja pela acusação, enseja uma discussão a respeito da constitucionalidade por ferir os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Nesta linha de raciocínio, em jurisprudências de diversos Tribunais, há decisões pelo decote da fixação feita do valor mínimo para a reparação por ofensa a estes princípios, quando não oportuniza às partes o direito de produzir provas que possam influenciar o *quantum* da indenização.

Neste sentido, consolida-se o entendimento da necessidade de conter, nos autos, elementos concretos como, por exemplo, laudos periciais para se conhecer o valor do prejuízo sofrido pelo ofendido e ainda, na instrução do procedimento, ser fomentada a discussão da apuração da real extensão do prejuízo.

Por conseguinte, percebe-se que há um avanço que não se concretiza, mesmo com as reformas, tornando-se urgente a abertura do diálogo em face da eficácia do reconhecimento da vítima como garantidora de direitos no processo penal.

As alterações legislativas e doutrinárias são consideradas um progresso diante da inércia ocasionada pelo monopólio estatal que preocupa-se punir tão somente aquele que transgride a norma, esquecendo-se da vítima no momento da aplicabilidade da Justiça.

Todavia, sabe-se que qualquer pessoa, assim como a vítima, são dotadas de direitos que devem ser respeitados, devendo haver meios para argumentações dos interessados durante o curso processual.

Fernandes discorre que não se pode mais compreender a vítima como mera colaboradora da justiça:

> Mas não se pode manter mais uma visão meramente abstrata de vítima, considerada um mero sujeito passivo do delito, forçado a colaborar com a Justiça criminal. É ela, antes de tudo, um sujeito de direitos que deve ter no processo meio de defendê-los de maneira concreta e eficaz, sejam direitos ligados a interesses civis e criminais, seja mesmo direito à intranquilidade, à sua vida privada, à sua intimidade. (FERNANDES, 1995, p. 56)

Apesar da evolução da reforma processual, os direitos das vítimas, precisam ser complementados, como a garantia da reparação do dano, possibilidade introduzida no artigo 387, IV

do Código de Processo Penal, flexibilizada pela falta de pedidos expressos feitos pelos ofendidos em consequência do crime.

4.3. Análise do artigo 63 do Código de Processo Penal

No ato da execução da sentença, ou seja, após o trânsito em julgado, quando houver fixação do dano, o artigo 63 do Código de Processo Penal prevê a possibilidade de ajuizamento, na esfera cível, da execução do valor estipulado na sentença penal.

A denominada ação *ex delicto*, torna-se o único caminho para a execução do mínimo condenatório podendo ser ajuizada, pela vítima ou seus herdeiros, haja vista que já houve direito de reparação declarado por sentença, contudo, não exequível no juízo da execução penal.

É possível que o ofendido, ou na sua ausência e morte, seus herdeiros, ingressem com o pedido de reparação na seara cível, antes mesmo do processo criminal findo ou mesmo quando houver sentença penal absolutória em determinadas situações. Neste caso, o juiz cível poderá suspender a ação até o resultado da ação penal.

Quanto à legitimidade ativa da ação civil *ex delicto,* quando a vítima não puder contratar advogado, o Ministério Público poderá intentar a ação, conforme disposto no artigo 68, do Código de Processo Penal, contudo, o entendimento que se opera é de que, nas comarcas que houver defensoria pública, caberá a esta, o amparo legal.

Inovações como a oportunidade de diálogo na transação penal e na suspensão condicional do processo, previstas na Lei n.º 9.099/1995, acerca da reparação do dano tentam resgatar o papel do ofendido perante o Processo Penal nos crimes de menor potencial ofensivo e devem ser estendidas a todo crime.

Assim, nestas considerações, torna-se necessário abrir o debate entre vitimologia, a criminologia e o direito processual penal contemplando todos os sujeitos que estão por trás do conflito penal e descortinando os anseios da vítima que em muitas situações pode não ser a punição e sim do reconhecimento dos seus direitos enquanto pessoa humana.

5 CONCLUSÃO

A vítima sofre com a ação ou omissão do infrator e posteriormente pode sofrer mais um tipo de violência institucional denominada de vitimização secundária e ainda a vitimização terciária frente ao grupo familiar e social. Nas instituições responsáveis pela investigação e instrução da ação

penal, ela é colocada no papel de informante do fato, não sendo verdadeiramente incluída no processo.

A não integração do ofendido no conflito penal fere o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e perpassa pela urgência de um novo paradigma de inclusão em todos os segmentos, sob pena de incorrer em desvio de finalidade. A justificativa da monopolização do Estado para a proteção dos interesses da sociedade deve incluí-lo primeiramente como primeiro interessado na resolução do conflito. Portanto, a justificativa da atuação do Direito Penal deve ter como primeira premissa o atendimento e cuidado com a vítima primária.

Pode-se concluir que, sendo parte interessada na relação processual deve ter seu papel de sujeito dotado de direitos e garantias fundamentais, inclusive com voz participativa que fundamente a argumentação em face dos seus prejuízos e ainda embasar consistentemente a devida reparação dos danos na sentença. Para os que não tenham condições financeiras de contratar advogado, como assistente, o Estado deverá proporcionar o encaminhamento para as defensorias públicas ou nomear advogados dativos.

Um sistema de proteção deve ser fomentado com ações cotidianas concretas, não bastando textos legislativos como a Lei n.º 9.807, de 13 de julho de 1.999 intitulada Lei de proteção à vítima e testemunhas sem aplicabilidade prática em face de todas as vítimas. O ofendido passa por sentimentos assemelhados ao luto por perdas, que podem ser patrimonial, física, de invasão de privacidade ou de intimidade dentre outras que não podem ser desconsiderados no contexto histórico do crime.

Mesmo com as atualizações e inovações como, por exemplo, a transação penal, a suspensão condicional do processo, no que se refere à Lei n.º 9.099/1995, com possibilidade de reparação do dano no processo, em que se busca reabilitar o papel do ofendido no Processo Penal, há ainda que efetivar o diálogo e a inclusão do sujeito passivo em todos os procedimentos.

É perfeitamente plausível, no sistema acusatório e nas ações públicas a inclusão da pessoa que diretamente sofreu as consequências do fato, sendo interessada na resposta estatal frente ao delito.

Os apontamentos permitem reacender a discussão e concluir que um novo paradigma se assenta na compreensão de que, no Estado Democrático de Direito, os Direitos Penal e Processual Penal se legitimam em respeito à dignidade de todos os afetados com o crime, inclusive o ofendido que tem necessidades a serem garantidas e deve ser inserido no discurso que se materializa no devido processo, ou mesmo em momento que antecede sua instauração, mais em qualquer situação,

amparado pelo contraditório, com oportunidade de fala em iguais posições a todos os atingidos pelos fatos conflituosos da sociedade plural.

REFERÊNCIAS

BARROS, Flaviane de Magalhães. **A participação da vítima no processo penal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. **(Re)forma do Processo Penal**: Comentários críticos dos artigos modificados pelas Leis n. 11.690/08, n. 11.719/08 e n. 11.900/09. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, 204 p.

FERNANDES, Antônio Scarance. **O papel da vítima no processo criminal**. São Paulo: Malheiros, 1995. 253 p.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 766 p.

LOPES JUNIOR, Vianey Mreis. **A vítima no processo penal e a reparação do dano pelo juízo criminal.** 2012. 111 p. Tese (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Disponível em: <http://www.sapientia.pucsp.br/tde_arquivos/9/TDE-2012-11-13T07:44:42Z-13077/Publico/Vianey%20Mreis%20Lopes%20Junior.pdf>. Acesso em: 26 jul. 2018.

MOLINA, Antônio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**: introdução a seus fundamentos teóricos: **i**ntrodução às bases criminológicas da Lei 9.099/95 – Lei dos Juizados Especiais. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. 5, cap. 2, p. 523–534.

_____. **Criminologia:** introdução a seus fundamentos teóricos: introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95 – Lei dos Juizados Especiais**.** 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. cap. 1, p. 64–142.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado.** 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Ana Sofia Schimidt de. **A vítima e o direito penal**: uma abordagem do movimento vitimológico e de seu impacto no direito penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. 190 p.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Assembleia Geral. Resolução 40/34, 1985. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica externa/DecPrincBasJustVitCriAbuPod.html>. Acesso em: 14 mar. 2018.

PINTO, Simone Matos Rios. **Justiça Restaurativa na ótica da teoria do discurso**.Belo Horizonte. Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 2017.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosimar Rodrigues C. de. **Curso de direito processual penal.** 9. ed. São Paulo: Jus Podium, 2014. cap. IV, p. 182–293.