

A consagração dos Direitos Humanos da vítima a partir da justiça restaurativa e os desafios para a instituição de um novo paradigma

The consecration of the victim's Human Rights from the restoration justice and the challenges for the institution of a new paradigm

La consagración de los Derechos Humanos de la víctima a partir de la justicia restaurativa y los desafíos para la institución de un nuevo paradigma

Linara da Silva¹
Universidade de Coimbra

Regina Celli Marchesini Berardi²
Faculdade de Direito de Franca

Submissão: 14/02/2022
Aceite: 22/09/2023

Resumo

A vítima ocupou diferentes papéis ao longo do tempo diante do cometimento de um crime e, na atualidade, é o Estado-juiz que monopoliza a resolução do conflito, reduzindo-as em “notas de rodapé” do processo criminal. Diante desse problema, apresentar-se-á os desafios para que a Justiça Restaurativa seja um mecanismo garantidor da humanização do processo penal. Discutir-se-á um novo paradigma nas profissões jurídicas que abranja uma resignificação da mentalidade e discuta a necessidade de renovação do perfil de seus operadores, que deve ser iniciada nos bancos acadêmicos. Utilizou-se dos métodos comparativo-dedutivo, observou-se a opinião de diversos pesquisadores, análise da legislação nacional, internacional, tratados, julgados sobre o tema, comparando com a legislação Portuguesa, sendo o processo metodológico bibliográfico o principal meio de estudo apresentado. Concluiu-se que uma resposta eficaz ao crime, as consequências decorrentes do delito para as vítimas, somente acontecerão mediante um processo de formação acadêmica que ultrapasse conceitos engessados da dogmática jurídica e amplie a visão que se tem

acerca dos conflitos que, em ampla concepção, é o próprio objeto de estudo e desenvolvimento do direito.

Palavras-chave

Justiça Restaurativa – vítimas - profissões jurídicas - direitos humanos - processo penal.

Abstract

The victim has occupied different roles over time in the face of the commission of a crime and, nowadays, it is the State-judge that monopolizes the resolution of the conflict, reducing them to “footnotes of the criminal process. Challenges will be presented for Restorative Justice to be a guaranteeing mechanism for the humanization of the criminal process. A new paradigm in the legal professions will be discussed, which encompasses a redefinition of the mentality and discusses the need to renew the profile of its operators, which should be initiated in academic banks. Comparative-deductive methods were used, the opinion of several researchers was observed, analysis of national and international legislation, treaties, judgments on the subject, comparing with Portuguese legislation, with the bibliographic methodological process being the main means of study presented. It is concluded that an effective response to crime and the consequences arising from the crime for the victims will only happen through a process of academic formation that goes beyond concepts imbedded in legal dogmatics and broadens the view that one has about conflicts which, in a broad conception, is the very object of study and development of law.

Keywords

Restorative Justice – victims - legal professions - human rights - criminal proceedings.

Resumen

La víctima ocupó diferentes papeles a lo largo del tiempo ante la comisión de un crimen y, en la actualidad, es el Estado-juez que monopoliza la resolución del conflicto, reduciéndose en "notas al pie" del proceso criminal. Frente a este problema, se presentarán los desafíos para que la Justicia Restaurativa sea un mecanismo garante de la humanización del proceso penal. Se discutirá un nuevo paradigma en las profesiones jurídicas que abarque una resignificación de la mentalidad y discuta la necesidad de renovación del perfil de sus operadores, que debe ser iniciada en los bancos académicos. Se utilizó los métodos comparativo-deductivo, se observó la opinión de diversos investigadores, análisis de la legislación nacional, internacional, tratados, juzgados sobre el tema, comparando con la legislación portuguesa, siendo el proceso metodológico bibliográfico el principal medio de estudio presentado. Se concluye que una respuesta eficaz al crimen, las consecuencias derivadas del delito para las víctimas, solo ocurrirán mediante un proceso de formación académica que supere conceptos enyesados de la dogmática jurídica y amplíe la visión que se tiene acerca de los conflictos que, en amplia concepción, es el propio objeto de estudio y desarrollo del derecho.

Palabras clave

Justicia Restaurativa - víctimas - profesiones jurídicas - derechos humanos - proceso penal.

Sumário

Notas Introdutórias. O Movimento Vitimológico e o reconhecimento das vítimas no cenário internacional e supranacional como expressão de direitos humanos. A vítima na

Justiça Penal Portuguesa. A instrumentalização da vítima no processo penal e a despersonalização do conflito. A Justiça Restaurativa como um modelo complementar à justiça penal: a devolução do conflito à vítima. A efetivação dos direitos humanos das vítimas a partir da Justiça Restaurativa e a necessária transformação das profissões jurídicas. Considerações Finais.

Notas introdutórias

A mesma vítima que, durante o período da justiça primitiva, figurava como a protagonista no procedimento de repressão da criminalidade, vivendo a sua “Idade de Ouro” é a mesma que teve, aos poucos, o seu papel neutralizado pelo sistema de justiça contemporâneo que, por sua vez, foi projetado para dirigir-se apenas ao agente do fato delituoso. É justamente diante desse esquecimento da vítima direta e concreta que a Vitimologia vem ocupando-se há tempos. A preocupação em desenvolver estudos científicos das vítimas começou a ser vislumbrado no final da década de 1940, em decorrência das atrocidades cometidas na Segunda Guerra Mundial, período que se conformou com o processo de universalização e internacionalização dos Direitos Humanos que reconheceu direitos específicos das vítimas em documentos internacionais e supranacionais.

A estrutura do sistema de justiça concentra-se na violação da lei e na determinação da punição, não se preocupando em restaurar o impacto do dano no meio social e em atender as necessidades da vítima, do ofensor e das demais pessoas envolvidas no conflito. As vítimas que comumente são as mais afetadas diretamente pelo crime têm negada a sua participação na resolução do caso, atuando como meras espectadoras do processo criminal, já que, para o modelo de justiça convencional o delito é geralmente compreendido como uma violação dos interesses do Estado e, assim, a maioria das decisões são por ele tomadas, independente do consentimento da vítima.

Portanto, o presente ensaio busca analisar como as necessidades da vítima e os danos emergentes do crime são considerados na perspectiva dos Direitos Humanos fundamentais a passo que, apresentam-se mecanismos hábeis a repensar o sistema de justiça penal para além da sua dimensão pública e de seu viés estritamente punitivista. É nesse intuito que a Justiça Restaurativa propõe uma mudança de paradigma e um novo olhar direcionado ao aspecto interpessoal do crime, ao oportunizar que os conflitos sociais possam ser tratados de forma democrática, visando uma aproximação

e corresponsabilização das partes envolvidas. Desse modo, com um olhar focado na legislação portuguesa e brasileira, abordam-se os desafios e as possibilidades para que a Justiça Restaurativa se consolide enquanto um mecanismo capaz de garantir a humanização do processo penal sob a ótica da vítima, especialmente, e no que tange ao respeito pela sua dignidade humana.

O movimento vitimológico e o reconhecimento das vítimas no cenário internacional e supranacional como expressão de direitos humanos

Ainda que não exista um consenso na doutrina sobre quem tenha inaugurado os estudos sobre a Vitimologia, foi, em 1941, que o alemão Hans Von Hentig, publicou um trabalho intitulado *The Criminal and his victim*, cujo conteúdo abordava a “vitimogênese”, ou seja, a relação entre delinquente e vítima como fator preponderante para o cometimento do delito. Nesse contexto, importante dizer que foi a partir dos estudos do israelita Benjamim Mendelsohn sobre vítimas e vitimização³ (JÚNIOR, 1993, p.107) que o termo Vitimologia foi definido pela primeira vez, em sua obra *The origins of the Doctrine of Victimology*⁴ (OLIVEIRA, 2001 p. 9).

Mendelsohn delimitou a Vitimologia como uma área de estudo independente da Criminologia e, por isso, grande parte da Doutrina o considera como o precursor da Vitimologia.

Para Mendelsohn a Vitimologia está estruturada nos seguintes aspectos: a) estudo da personalidade e do comportamento da vítima, analisando se as suas propensões subconscientes, concorreram ou não para a prática do crime; b) apreciação dos elementos psíquicos do “complexo criminógeno” inscritos no delinquente-vítima e sua potencial inter-relação; c) diagnóstico da personalidade da vítima, sem o intervencionismo de outros indivíduos; d) exame sobre as formas de identificar potenciais vítimas e mecanismos psicoeducativos para garantir sua autodefesa, configurando esse um dos objetivos fundamentais da Vitimologia; e) desenvolvimento de métodos terapêuticos capazes de impedir vitimização (BITTENCOURT, 1978, p. 53).

A Vitimologia vem expandindo a sua área de estudo para além da relação jurídica entre vítima e delinquente e, atualmente, abrange aspectos interdisciplinares valendo-se, sobretudo, das ciências sociais e psicológicas (MAZZUTTI, 2012, p. 57). No entanto, pelo fato de a Vitimologia ser um movimento relativamente recente é vista de

maneira controversa, pois, enquanto parte da doutrina a compreende como um ramo da criminologia – que já se dedica ao estudo da vítima – outra parte a defende como ciência autônoma⁵ (MAZZUTTI, 2012, p. 58).

Vale destacar ainda, uma corrente que percebe a Vitimologia como “*la síntesis criminológica*”, conceituada por Manzanera ao tratar da interdisciplinaridade da Criminologia, tendo em vista que ela é composta de outras ciências, dentre elas, a Antropologia, a Psicologia, a Sociologia e a Vitimologia. Nesse viés, a Vitimologia seria parte integrante da síntese criminológica, mantendo sua natureza autônoma e a sua independência uma vez que há uma inter-relação entre todas essas áreas e a criminologia (MANZANERA, 1981, p. 60). Ademais, alguns dos desafios que obstam o avanço e a aplicabilidade da Vitimologia se dão pelo fato de que essa procede muito mais da Criminologia que do Direito Penal (BERISTAIN, 2000, p. 123).

Concomitante ao movimento vitimológico desenvolveu-se o Direito Internacional Humanitário, após a Segunda Guerra Mundial, voltado à proteção dos indivíduos em situações de conflitos armados e regimes totalitários amparado, especialmente pela criação da Organização das Nações Unidas (ONU) em 1945 e a aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948 que revisitou os ideais da Revolução Francesa, sustentados pelos valores da igualdade, liberdade e fraternidade, promovendo o reconhecimento pela dignidade da pessoa humana.

O processo responsável pelo surgimento dos direitos humanos, portanto, insere-se na Idade Moderna, ainda que diversas premissas que levaram a sua consolidação estejam vinculadas a épocas anteriores, nomeadamente desde a Grécia Antiga (MARQUES, 2012, p. 205).

Nesse sentido, desde 1945 ingressou-se na terceira fase de evolução dos direitos humanos com a consagração de um código internacional promovido e tutelado pelas Nações Unidas. Essa terceira fase foi antecedida por uma primeira onde os direitos humanos foram consagrados a partir da manifestação do direito natural preconizado nos séculos XVII e XVIII enquanto direitos naturais universais e, em uma segunda fase, a partir de movimentos políticos e sociais, os direitos humanos foram materializados em constituições e, com isso, “aquela característica de universalidade que possuíam desde o início da sua formação é sacrificada no altar da positividade jurídica”, uma vez que é somente diante do regramento do Estado a que são vinculados

que o homem pode esperar efetividade em relação aos seus direitos (CUNHA; QUELAS; ALMEIDA, 2014, p. 2005-2006).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos passa a ser o parâmetro internacional que deve nortear os Estados a buscar a proteção dos direitos humanos a partir de mecanismos que assegurem ao indivíduo condições dignas de vida, livres de arbitrariedades e privações (PIOVESAN, 2013, p. 151). Nesse viés, Norberto Bobbio assevera que a Declaração de 1948 “contém em germe a síntese de um movimento dialético, que começa pela universalidade abstrata dos direitos naturais, transfigura-se na particularidade concreta dos direitos positivos e, termina na universalidade dos direitos positivos universais” (BOBBIO, 2004, p. 30).

Os direitos humanos correspondem à cidadania não somente como um fato ou meio, mas como essência uma vez que o indivíduo privado de cidadania acaba tendo a sua própria existência comprometida ao deixar de ser reconhecido pelos outros como seu par (LAFER, 1988, p. 151). A esse respeito, a dignidade humana é vista como um requisito inerente a qualquer pessoa, que, além de ser reconhecida em documentos internacionais, também é princípio da maior parte das Constituições contemporâneas. Conforme Eduardo Bittar enuncia “só há dignidade, portanto, quando a própria condição humana é entendida, compreendida e respeitada, em suas diversas dimensões, o que impõe, necessariamente a expansão da consciência ética como prática diuturna de respeito à pessoa humana” (BITTAR, 2009, p. 302).

Apesar de muitas vezes utilizarem-se as expressões direitos humanos e direitos fundamentais como sinônimos, insta salientar que, enquanto o primeiro revela a proteção internacional a pessoa humana independente do Estado a que pertença, o segundo, assume importância na medida em que consagra positiva e constitucionalmente os direitos de uma Nação.

A Declaração de 1948 também inspirou a adoção de dois Pactos Internacionais pela Assembleia Geral das Nações Unidas, no ano de 1966, a saber, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais que, conjuntamente, formam o *International Bill of Rights*, estabelecendo o sistema global de proteção dos direitos humanos. Seguindo-se essa linha, na segunda metade do século XX, consagraram-se os três sistemas regionais de proteção aos direitos humanos, a partir da aprovação da Convenção Europeia dos

Direitos do Homem, em 1950, que instituiu em seu ínterim o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem; a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969, incorporificada na Corte Interamericana de Direitos Humanos e, por fim, a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Direitos dos Povos de 1981, responsável pela implementação do Tribunal Africano dos Direitos Humanos e dos Povos (PIOVESAN, 2013, p. 147-148).

Os documentos internacionais que visam à promoção dos direitos humanos preveem o direito de “recurso efetivo”, cujo propósito é incentivar a investigação, processamento e punição daqueles que violaram os direitos humanos (MAZZUTTI, 2012, p. 80). No plano internacional dos direitos humanos, os sistemas europeu e interamericano de proteção contam com tribunais internacionais que também reconhecem a capacidade processual internacional dos indivíduos. Afinal, não seria coerente consagrar direitos no âmbito internacional e não viabilizar mecanismos para que os indivíduos - verdadeiros autores nos conflitos internacionais de direitos humanos - pudessem pleiteá-los (TRINDADE, 2007, p. 280.)

Foi justamente nesse contexto de internacionalização dos Direitos Humanos que surgiram os primeiros debates no sentido de garantir os direitos das vítimas em nível internacional. Mas foi apenas em 29 de novembro de 1985 que a Assembleia Geral da ONU adotou, por meio da Resolução 40/34, a *Declaração dos Princípios Fundamentais de Justiça relativos às Vítimas de Crimes e de Abuso de Poder*. A referida Declaração considera “vítimas” (SANTOS, 2014, p. 514/518) todas as pessoas que, individual ou coletivamente, tenham sofrido um dano físico ou mental, um sofrimento emocional, um prejuízo econômico ou um atentado importante aos seus direitos fundamentais, como decorrência de ações ou omissões que violem a legislação penal dos Estados Membros. Ressalta-se que ainda faz parte do conceito de vítima a família ou pessoas que, de algum modo, também foram prejudicadas quando da prestação de assistência às vítimas.

A Declaração também evoca princípios fundamentais voltados à proteção das vítimas como, por exemplo, o acesso à justiça e tratamento justo e equitativo, o respeito pela sua dignidade, o direito a reparação do dano e indenização, o direito a assistência material, médica, psicológica e social. Outro aspecto importante previsto na Declaração é a recomendação do uso de mecanismos informais de resolução de litígios - mediação,

arbitragem, práticas de justiça costumeira ou indígena – para facilitar a conciliação e a reparação das vítimas.

Em maio de 1996 a Comissão de Prevenção do Delito e Justiça Penal das Nações Unidas (CCPCJ) adotou a Resolução do Conselho Econômico e Social (1996/14) objetivando a organização de manuais que auxiliassem a aplicabilidade da Declaração. Nesse intuito, elaborou-se o *Manual sobre Justiça para as Vítimas e o Guia para Planejamento de Políticas* (MAZZUTTI, 2012, p. 82).

Com o advento do Estatuto de Roma em 1998, a *Declaração dos Princípios Fundamentais de Justiça relativos às Vítimas de Crimes e de Abuso de Poder* ganhou maior efetividade e muito em face da instituição do Tribunal Penal Internacional (TPI), que concedeu a vítima o direito de ser sujeito e testemunha do processo penal. Inclusive, o Estatuto de Roma prevê, no artigo 79º, a criação de um fundo a favor das vítimas de crimes da competência do TPI, bem como de suas respectivas famílias.

Outro Documento de grande importância para a proteção das vítimas em âmbito internacional é a Resolução 60/70, adotada pela Assembleia Geral da ONU, em 16 de dezembro de 2005 que versa sobre os *Princípios e Diretrizes Básicas das Nações Unidas sobre o Direito das Vítimas de Violações e das Normas Internacionais de Direitos Humanos e do Direito Internacional Humanitário a Interpor Recursos e Obter Reparações*, igualmente designado de *Princípios de Van Boven/Bassiouni*. A Resolução prevê direitos, garantindo às vítimas, o acesso justiça e a recursos capazes de lhe assegurar reparação ao mesmo tempo em que trata sobre a responsabilidade dos Estados em fazer com que o seu direito interno consagre o mesmo grau de proteção às vítimas que o imposto pelas suas obrigações internacionais. Outrossim, a Resolução determina que os Estados empreendam esforços no sentido de prevenir, investigar e punir aqueles que violarem os padrões internacionais de direitos humanos e de direito internacional humanitário.

Os Princípios para a proteção e Promoção dos Direitos Humanos, conhecido como *Princípios de Joinet/Orentlicher*, adotado pelas Nações Unidas em 2005, também configura um instrumento significativo que aborda a promoção dos direitos das vítimas a partir da luta contra a impunidade. Desse modo, o Documento ressalta o papel do Estado em investigar as violações de direitos humanos e condenar seus responsáveis (MAZZUTTI, 2012, p. 84).

A ONU possui outras Resoluções que versam sobre a promoção dos direitos de vítimas específicas que, dentre outros, destacam-se: a *Declaração da Eliminação da Violência contra a Mulher* (1993), o *Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da criança relativo à venda de crianças, prostituição e pornografia infantis* (2000).

O Conselho da Europa também vem manifestando preocupação em garantir os direitos das vítimas de crime. Nesse âmbito, em 1983 aprovou a *Convenção Europeia relativa à Reparação devida às Vítimas de Crimes Violentos*, trazendo para os Estados, a responsabilidade em garantir reparação às vítimas de crimes graves, quando essa não puder ser satisfeita de outro modo. Ainda, a Convenção tratou da cooperação internacional ao prever que os Estados deveriam prestar-se assistência mútua tanto quanto possível. O Conselho da Europa aprovou outros documentos visando à proteção e assistência às vítimas, destacando-se a Recomendação (2006)⁸, adotada em 14 de junho de 2006, pelo Comitê de Ministros do Conselho da Europa, preconizando deveres que os Estados-membros ficam adstritos tanto no âmbito da justiça penal quanto na área de assistência (SANTOS, 2014, p. 520).

No que se refere à União Europeia cumpre mencionar a Decisão Quadro nº 2001/220/JAI, do Conselho, adotada em 15 de março de 2001, relativa ao Estatuto da Vítima em Processo Penal. O referido Documento concede às vítimas respeito e reconhecimento dispondo que, cada Estado-Membro deve assegurar às vítimas um papel real e adequado na sua ordem jurídica penal, garantindo que, durante o processo, sejam tratadas com respeito pela sua dignidade pessoal, devendo-se legitimar os seus direitos e interesses, independentemente do local em que se encontrem. A Decisão-Quadro enfatiza a proteção direcionada às vítimas residentes em um País diferente do seu, prevendo, dentre outros, o direito à informação, a comunicação e a cooperação entre os Estados-membros. Todavia, a Diretiva 2012/29/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2012, que estabelece normas mínimas relativas aos direitos, ao apoio e à proteção das vítimas da criminalidade, substituiu a Decisão-Quadro 2001/220/JAI do Conselho, com o intuito de rever e complementar os seus princípios e avançar de forma significativa no âmbito da proteção das vítimas em toda a União, especialmente no contexto do processo penal.

Seguindo essa mesma linha de preocupação com as pessoas vítimas de fatos delituosos em local diverso de sua residência, o Conselho adotou em 29 de abril de

2004, a Diretiva 2004/80/CE, relativa à indenização das vítimas da criminalidade dispendo que, diante de um crime doloso violento cometido em Estado-Membro diferente daquele em que o requerente de indenização tem residência habitual, os Estados-Membros devem assegurar que o requerente apresente o seu pedido a uma autoridade ou a qualquer outro organismo deste último Estado-Membro.

Cumpra ainda destacar o trabalho que algumas organizações internacionais desempenham na busca da promoção de direitos e assistência às vítimas. Nesse panorama, destacam-se as ações desenvolvidas pela *The World Society of Victimology*, organização não-governamental de natureza consultiva do Conselho Econômico e Social da ONU e do Conselho da Europa, criada em 1979 cujas atividades centram-se em pesquisas científicas, prestação de serviços e realização de simpósios trianuais em diferentes locais do mundo. Na Holanda, o *International Victimology Institute Tilburg* (INTERVICT) elabora pesquisas e estudos interdisciplinares visando o fortalecimento e auxílio às vítimas de crimes e de abuso de poder. Nos Estados Unidos, a *National Organization for Victim Assistance* (NOVA) e o *Victims of Crime Act Fund* (VOCA), fundado em 1984, promove programas de assistência e indenização às vítimas a partir de multas pagas pelos condenados e, desde 1988, administrados pelo *Office for Victims of Crime* (OVC). Idealizada em 1990, a *Victim Support Europe* (VSE) é a principal organização europeia que visa assegurar que as vítimas possam ter acesso a informações e serviços de apoio após o crime, independentemente do local de sua residência ou do local onde ocorreu a infração além de garantir que as vítimas sejam capazes de fazer ouvir a sua voz durante todo o processo de justiça criminal. A VSE representa 54 organizações membros nacionais atendendo mais de 2 milhões de vítimas todos os anos em 29 países (MAZZUTTI, 2012, p. 87.) A Associação Portuguesa de Apoio à Vítima (APAV), organização sem fins lucrativos e de voluntariado, também atua desde 1990 e objetiva contribuir para o reconhecimento, proteção e apoio aos cidadãos vítimas de infrações penais, trabalhando para que, em Portugal, o Estatuto da Vítima de crime seja plenamente valorizado e aplicado. Em 2018, a APAV atendeu mais de 9 mil vítimas de crimes e outras formas de violência.

Enfatiza-se que os documentos internacionais e supranacionais acima mencionados, além de inspirarem entes privados a promover iniciativas no sentido de ampliar o reconhecimento e os direitos das vítimas de crimes, igualmente cumpriram

sua missão ao contribuírem para que diversos países buscassem desenvolver, em nível interno, uma política criminal com o olhar voltado à proteção desse público, como é o exemplo da legislação Portuguesa, a qual será o maior foco deste trabalho.

A vítima na justiça penal portuguesa

O Estado Português, seguindo as recomendações internacionais e supranacionais vem, paulatinamente, modificando a sua legislação para incluir as vítimas da criminalidade como sujeitos de direitos. Nesse tocante, destaca-se o reconhecimento da vítima em âmbito constitucional, uma vez que, o artigo 32º, nº 7, da Constituição da República Portuguesa garante-lhe o direito fundamental de intervir no processo.

Outrossim, a Lei nº 130/2015, de 4 de setembro, aprovou o *Estatuto da Vítima*, transpondo para a ordem jurídica interna a Diretiva 2012/29/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2012, antes mencionada. O Estatuto da Vítima contém um conjunto de medidas que, amparadas pelos princípios da igualdade, respeito, reconhecimento, autonomia da vontade, confidencialidade, consentimento, informação e acesso à saúde, visam assegurar a proteção e a promoção dos direitos das vítimas da criminalidade.

No direito substantivo, os direitos da vítima são igualmente tutelados. O Código Penal português incentiva a reparação dos danos sofridos pela vítima e, em seu artigo 130º, traz a previsão de indenização aos lesados – de forma independente da responsabilidade civil emergente do crime que é regulada pela lei civil - dispondo que compete à legislação especial fixar as condições para que o Estado venha assegurar a indenização devida às vítimas de crime, sempre que a mesma não puder ser satisfeita pelo agente. Ocorre que Portugal, assim como outros países, ainda não conseguiu criar um seguro social para atender essa finalidade. No entanto, diante da impossibilidade de a vítima obter a indenização na esfera cível e caso o Estado também não possa satisfazer tal pretensão, o Código Penal aponta, nos números 2 e 3 do mesmo artigo 130º, outras possibilidades. A primeira delas dispõe que o tribunal pode atribuir ao lesado, a requerimento deste e até ao limite do dano causado, os instrumentos, produtos ou vantagens oriundas do crime, inclusive a receita gerada pela sua venda. A próxima alternativa diz respeito ao lesado que fica privado dos meios de subsistência em face

do crime e prevê que o agente não realizará a reparação. Nesses casos, o tribunal poderá atribuir ao mesmo lesado, a requerimento seu, no todo ou em parte e até ao limite do dano, o montante da multa (SANTOS, 2014, p. 525-526).

A reparação do dano é pressuposto para a aplicação de alguns institutos, como, por exemplo, a determinação da medida da pena (artigo 71º, nº 2, alínea e)⁶, a atenuação especial da pena (artigo 72º, nº 2, alínea c)⁷ e a dispensa de pena (artigo 74º)⁸. Ainda, nesse ínterim, ressalta-se o instituto da suspensão da execução da pena que, conforme previsto no artigo 50º do Código Penal, o tribunal poderá “suspender a execução da pena de prisão aplicada em medida não superior a cinco anos se, atendendo à personalidade do agente, às condições da sua vida, à sua conduta anterior e posterior ao crime e às circunstâncias deste, concluir que a simples censura do facto e a ameaça da prisão realizam de forma adequada e suficiente as finalidades da punição”. Quando o tribunal entender pela conveniência da suspensão da execução da pena, condicionará a concessão do benefício ao cumprimento de deveres ou à observância de regras de conduta ou, ainda, determinará que a suspensão seja acompanhada de regime de prova. Dentre os deveres impostos ao condenado, dispostos no artigo 51º do Código Penal e, com o intuito de “reparar o mal do crime”, estão: a) “pagar, dentro de certo prazo, no todo ou na parte que o tribunal considerar possível, a indenização devida ao lesado, ou garantir o seu pagamento por meio de caução idônea” e b) “dar ao lesado satisfação moral adequada”.

Além das disposições contidas no Código Penal, o legislador português também consagrou legislações autônomas que tratam da proteção de vítimas singulares, destacando-se os regimes jurídicos aplicáveis à proteção e assistência às vítimas de violência doméstica, como, por exemplo, a Lei 112/2009, de 16 de Setembro, que estabeleceu uma série de direitos a essas vítimas, dentre eles, a mediação diante de crimes de natureza pública⁹ (SANTOS (2014, p. 550) seja antes da sentença ou após a suspensão provisória do processo. Outro regime jurídico é o previsto na Lei 93/99, de 14 de julho, que trata sobre a Proteção de Testemunhas, incluindo-se, nesse conceito, aquelas vítimas de crimes que carecem de proteção, pois, no curso do processo penal, auxiliam na descoberta da verdade e, em alguns casos, podem sofrer ameaças (SANTOS, 2014, p. 540-551).

O movimento vitimológico, além de influenciar o direito substantivo, igualmente repercutiu em âmbito processual. O Código de Processo Penal Português de 1987, ao longo de sua vigência tem procurado expandir os direitos das vítimas. Destacam-se as alterações promovidas no ano de 2007, por meio da Lei 48/2007, também conhecida como a Lei de Revisão do Código de Processo Penal. A proteção das vítimas de crime configura o primeiro objetivo previsto na Exposição de Motivos da respectiva reforma, mencionando que, as alterações visam “conciliar a proteção da vítima e o desígnio da eficácia com as garantias da defesa”. E, o Texto Legal assevera que, a materialização da proteção às vítimas será “reforçada, designadamente, em sede de segredo de justiça, escutas telefônicas, acesso aos autos, informação sobre a fuga e libertação de reclusos, declarações para memória futura e suspensão provisória do processo”.

Nesse sentido, o Código de Processo Penal visando tornar a justiça mais satisfatória, introduziu formas de solução obtidas por meio do consenso que, inauguraram um novo paradigma que, inclusive, foi responsável por inovações legislativas que ampliaram os espaços consensuais. Exemplo disso são os institutos da suspensão provisória do processo e do processo sumaríssimo que mesmo vinculados a justiça penal, representaram um avanço na administração dos conflitos de criminal.

No entanto, pelo fato de estarem dentro da estrutura da justiça penal, a suspensão provisória do processo e o processo sumaríssimo encontram limitações, especialmente, em relação ao exercício do consenso, que, conforme adverte Jorge de Figueiredo Dias, não se tem, nesse âmbito um “verdadeiro consenso”, pois o que de fato acontece é uma anuência em relação a propostas ou pedidos provenientes dos sujeitos que compõem a estrutura de persecução penal (DIAS, 2011, p. 20).

Outra questão importante é a possibilidade de o ofendido constituir-se em assistente e, com isso, alcançar o status de sujeito dentro da relação processual. Contudo, imperioso mencionar que o instituto da vítima-assistente nem sempre vai ser aplicado, seja porque o ofendido não deseja ou não pode em razão do não preenchimento do requisito de legitimidade material e formal ou, ainda, por não dispor de recursos financeiros para satisfazer os custos do processo. E, mesmo quando é possível e a vítima se constitui como assistente, o seu papel é limitado em colaborar com o Ministério Público, ficando a esse subordinado, de acordo com o artigo 69º do

Código de Processo Penal¹⁰. As alterações promovidas em 2007 no Diploma Processual Penal não foram expressivas no que se refere ao instituto da Assistência, apenas aumentando de 8 para 10 dias o prazo para a constituição do assistente nos crimes particulares¹¹ e dispondo que os assistentes podem se fazer acompanhar por advogado nas diligências em que intervirem.¹²

Portanto, pode-se afirmar que o assistente acaba sendo uma parte ocasional, complementar e dispensável na relação processual penal. Outrossim, ainda que o assistente intervenha no processo não há como se garantir que a vítima receberá uma reparação efetiva pelos danos que sofreu. É comum que o agente que praticou o crime não tenha condições de indenizar civilmente a vítima e, o Estado, diante de sua insuficiência, igualmente não consegue satisfazer o direito de reparação conferido ao ofendido. Portanto, às vítimas, manteve-se a possibilidade de sua categorização enquanto assistente sem, contudo, ampliar o seu papel e atribuições dentro do processo (SANTOS, 2014, p. 532/540).

Ainda que a postura do legislador português tenha se caracterizado pela ampliação da proteção das vítimas seja em nível constitucional ou infraconstitucional, é oportuno o questionamento de Cláudia Santos quanto indaga se as mudanças operadas foram capazes de conceder “outro sentido do papel da vítima” no direito processual penal ou ainda, provocar “qualquer alteração do modelo processual penal no que respeita à tutela dos interesses da vítima”. Uma das possíveis perspectivas para essas questões é o fato de que, quando se fala acerca da proteção da vítima, o legislador preocupou-se efetivamente em reparar os danos e atender as necessidades de vítimas concretas. Outra explicação encontra respaldo no argumento de que o legislador se referiu “à proteção de abstratas vítimas futuras”, o que, por sua vez, nada revela de novo pois esse já é o propósito perseguido pela prevenção genérica e especial da criminalidade (SANTOS, 2014, p. 525-526).

Para além do atendimento das necessidades materiais da vítima, emergentes do delito, existem outras questões que devem ser consideradas e que ultrapassam o aspecto econômico-financeiro encontrando-se em um plano abstrato, pois envolvem os sentimentos do ofendido, sobretudo, a dor de ser vítima. E, para amenizar o sofrimento das vítimas é preciso “tornar o sistema punitivo menos severo e criminógeno para o agente do crime e mais satisfatório para a vítima” (SANTOS, 2014, p. 534). Logo,

incluir a vítima como uma parte detentora da mesma dignidade na tríade punitiva: Estado-delinquente-vítima, depende, antes de tudo, de uma ressignificação de sua função perante o Direito Penal e o Direito Processual Penal.

A instrumentalização da vítima no processo penal e a despersonalização do conflito

O papel ocupado pela vítima diante do cometimento de um crime sofreu transformações ao longo do tempo, passando pelo período mais primitivo da autotutela ou vingança privada onde cabia à vítima fazer vingança com as próprias mãos, evoluindo para a autocomposição - ainda hoje utilizada - concedendo-se às partes envolvidas em um conflito o poder de resolvê-lo a partir do consenso. E, na atualidade, é o Estado-juiz que representa os interesses da vítima, monopolizando à resolução do conflito ao aplicar o direito no caso concreto e, portanto, retirando dos particulares a prerrogativa de fazer justiça. No âmbito processual, esse contexto se deu em face do reconhecimento do princípio da oficialidade que estabeleceu a resposta penal ao privilegiar o público em detrimento do privado e que impôs o sistema judicial sobre a vingança privada.

Diante disso, a vítima passou a ocupar um papel secundário e coadjuvante na resolução do conflito e, com a perda de seu protagonismo na definição da responsabilização do infrator, foi automaticamente neutralizada, afastada da relação jurídica, tornando-se, muitas das vezes, uma “personagem desconhecida” (MOLINA; GOMES, 2002, p. 79), ignorando-se o fato de que também é uma das partes do processo penal. Enquanto ao arguido são conferidos direitos e garantias durante a apuração do crime, com a vítima, o nível de preocupação não é equivalente e nem atinge a mesma proporção. O sistema judicial focaliza as suas ações na busca da responsabilização do delinquente, enquanto às vítimas compete a função de motivar o início do processo e, quase que, forçadamente, prestar declarações quando solicitadas.

No que se refere aos graus de vitimização, a doutrina classifica o fenômeno em três grupos: a) vitimização primária: quando o dano decorre diretamente do fato criminoso; b) vitimização secundária: quando as instituições formais de controle que atendem as vítimas, após o crime, são as responsáveis pelos danos; c) vitimização terciária: é provocada pelo meio social que, normalmente, estigmatiza a vítima,

causando-lhe danos. Os reflexos da vitimização secundária ou “sobrevitimização” decorrente da ação de instituições incumbidas pelo controle social, tais como, policiais, juízes, promotores que, ao marginalizarem a vítima durante o processo penal, acabam por causar uma nova vitimização diferente daquela resultante da vitimização primária, também chamada por Eduardo Mayr de “vitimização judicial da vítima” (MAYR, 1992, p. 71).

Ainda que o processo penal não esteja centrado em atender as necessidades da vítima, a resposta dada ao crime e o acompanhamento do processo, interessam à vítima, em grande medida, pois, seria incoerente pensar que alguém que sofreu e ainda sofre com os danos provocados por uma ação delituosa teria menos interesse que a sociedade – pois é na satisfação dos interesses sociais e comunitários que o Estado assume a ação penal – em ver a justiça ser realizada.

Mesmo quando o delinquente é condenado, as penas aplicadas não atentam para os interesses das vítimas, uma vez que o conflito deixa de ser seu e passa a ser propriedade do Estado e, portanto, conforme aduz Cláudia Santos “mais do que em esquecimento ou em apagamento, talvez possa falar-se em instrumentalização da vítima” (SANTOS, 2014, p. 512). É por isso que, muitas vezes, a vítima é denominada de “convidado de pedra” (ERISTAIN, 2000, p. 103) ou “um convidado nem sempre bem tratado e um convidado a quem se tem pedido para pagar pelo menos uma parte da conta” (SANTOS, 2014, p. 571), tendo em vista que, ao ingressar no sistema judicial penal, ao invés de ter os seus anseios e necessidades atendidas, é tratada como uma coadjuvante.

Louk Hulsman (HULSMAN, 1993, p. 83) já dizia que a dinâmica do processo penal se concentra em reconstituir o momento do crime, realizando um “congelamento” do conflito já que desconsidera as consequências posteriores que o delito deixou na vida dos agentes, sobretudo, na da vítima. Pensar no crime é também reconhecer a dimensão interpessoal do conflito de modo que a resposta penal deve, igualmente, atender para as necessidades atuais da vítima, originadas após o delito. A finalidade preventiva da pena e a preocupação em evitar que outras vítimas não sofram o mesmo mal que a vítima direta – que tem a sua vontade ignorada seja em relação a instauração do processo penal e no que tange a sanção aplicada - não pode mais ser o cerne do Direito Penal (SANTOS, 2014, p. 511).

A experiência de ser vítima de um delito pode ser muito profunda, refletindo em todas as esferas da vida. É desumanizador o fato de se perder o poder pessoal, tendo de se submeter ao poder de outro contra a própria vontade. Na prática de um crime, alguém totalmente estranho à vítima assume o controle da situação, dominando a sua vida, o seu espaço e a sua propriedade. Portanto, o crime retira a sensação de autonomia e afeta o relacionamento da vítima com todos em seu entorno (ZEHR, 2008, p. 24-25).

As vítimas de crime buscam e desejam auxílio e amparo, entretanto, a estrutura do sistema judicial atual, no lugar de restituir o seu poder e a autonomia, sustenta o dano, transformando-as em prioridades periféricas e reduzindo-as em “notas de rodapé do processo criminal” (ZEHR, 2008, p. 29-32). Portanto, a ampliação da intervenção das vítimas junto ao processo penal, antes de tudo, implica em uma “manifestação de solidariedade social” (SILVA, 2004, p. 67) e, é dever do Estado a regulamentação acerca da proteção e da reparação direcionada à vítima, como forma de assegurar os seus direitos fundamentais.

A doutrina tem utilizado a palavra redescobrimento para definir esse movimento que busca olhar para a vítima de um crime evidenciando os seus interesses e necessidades. Contudo, ainda que essa terminologia seja alvo de críticas uma vez que, redescobrir traz à tona a ideia de retorno,¹³ (Câmara, 2008, p. 60) de descobrir algo já existente, enfatiza-se que, a vítima que a Vitimologia se debruça em estudar atualmente, não carrega mais as mesmas características das vítimas dos séculos passados que se valiam da vingança privada ou que eram submissas ao poder de um soberano (MAZZUTTI, 2012, p. 52).

Nesse contexto, em 1989, Jorge de Figueiredo Dias e Anabela Miranda Rodrigues já debatiam a problemática da vítima no processo penal ao enfatizar que “sem pôr em causa o caráter eminentemente público e indisponível da pretensão jurídico-punitiva do Estado, a necessidade de proteção da vítima concreta e individualizada do crime é hoje por todos considerada uma dimensão irrenunciável de uma política criminal moderna e eficaz” (DIAS, 1989, p. 113).

Por isso, a redescoberta incipiente da vítima no contexto contemporâneo trouxe a reflexão acerca do verdadeiro papel que ocupa diante do fenômeno criminal, ultrapassando estereótipos tradicionais da Criminologia clássica em benefício de uma

análise crítica do comportamento e da relação da vítima com outros agentes do delito. Ao conceito de vítima foram associados valores que a diferenciam do perfil de seus antepassados, atribuindo a condição da dignidade humana uma vez que seu local de pertencimento é o de um Estado Democrático de Direito.

Alessandro Baratta menciona que é fundamental encontrar meios para substituir, quando possível, o sistema punitivo por um sistema de reparação capaz de garantir à vítima direitos de indenização além de conceder-lhe maior protagonismo e condições para que possa resgatar a sua autonomia. Essas são as bases para a consecução de um Direito Penal mínimo e, conseqüentemente, para a redução dos custos sociais da pena (BARATTA, 2004, p. 316-317).

Assim, se faz necessário pensar em outros modelos, que escapem da ritualidade do sistema tradicional de justiça penal, mas que com ele possam conviver e sem que isso implique no abolicionismo penal ou privatização da justiça, permitindo que o verdadeiro consenso se manifeste, tornando-se a baliza para a construção de uma resposta dada ao crime que, ao mesmo tempo, assegure a dignidade da vítima.

A justiça restaurativa como um modelo complementar à justiça penal: a devolução do conflito à vítima

O modelo da Justiça Restaurativa surge como um mecanismo eficiente para operar a reformulação do sistema judicial penal que vêm sendo defendida tencionando adequar a legislação e as estruturas processuais aos postulados de direitos humanos. Apresentando uma nova resposta ao delito, diferente da abordagem realizada pelo sistema processual penal, as práticas restaurativas, oportunizam o encontro das partes envolvidas em um conflito, concedendo um espaço para o diálogo, para a expressão dos sentimentos e das emoções decorrentes de um crime, objetivando construir um acordo que atenda satisfatoriamente às necessidades da vítima, do autor e da comunidade, restaurando, o máximo possível, os danos causados, em detrimento da mera resposta punitiva aos ofensores.¹⁴

Entre as definições mais relevantes de Justiça Restaurativa está a do advogado norte-americano Howard Zehr, considerado um dos fundadores e principais teóricos sobre a Justiça Restaurativa no mundo. Zher desenvolveu um estudo detalhado a respeito das concepções fundamentais das práticas restaurativas, destacando os

seguintes aspetos: o crime é fundamentalmente uma violação de pessoas e relações interpessoais; as violações criam responsabilidades e a obrigação de corrigir os erros; a Justiça Restaurativa envolve vítima, ofensor e a comunidade no intuito de encontrar soluções que promovam reparação, reconciliação e segurança, através do diálogo e entendimento mútuo (ZEHR, 2008, p. 170-171).

Consoante a concepção de Zehr, quando um delito é cometido a justiça retributiva preocupa-se, a princípio, em descobrir a autoria do crime, para, em seguida, analisar qual é a melhor e a mais merecida punição a ser aplicada ao ofensor. Já a Justiça Restaurativa, diante de um delito, guia-se pelas seguintes perguntas: quem sofreu o dano? Quais são as necessidades? Quem deve supri-las, e como? Quais as causas? Quem tem interesse no caso? Afinal, o ponto central das práticas restaurativas é buscar corrigir o máximo possível a situação, reparando o ato lesivo, a fim de promover a cura (ZEHR, 2008, p. 259).

A abordagem da Justiça Restaurativa tem o foco nas necessidades determinantes e emergentes do conflito, visando uma aproximação e responsabilização dos envolvidos, com um plano de ações que procura restaurar os laços sociais, os danos e criar responsabilidades e compromissos futuros harmônicos. Assim, a pretensão do modelo restaurativo não é impor uma pena a partir da constatação de um fato, verificar o tamanho da culpa e muito menos medir a proporcionalidade da resposta, mas, suscitar qual é o dano, o que pode ser feito para repará-lo e a quem cabe a responsabilidade pela reparação. “Ao contrário do modelo de justiça baseado em leis, atribuição de culpa e punição, a justiça restaurativa tem como enfoque os danos, as necessidades e as obrigações” (KONZEN, 2007, p. 82).

As práticas restaurativas¹⁵ têm sua origem nos modelos de organização das sociedades comunais pré-estatais, europeias e nas coletividades nativas, que, por sua vez, exerciam a regulamentação social, embasadas na manutenção da coesão do grupo, privilegiando os interesses coletivos em detrimento dos individuais. Nessas comunidades, a transgressão de uma norma implicava no restabelecimento do equilíbrio quebrado, buscando encontrar uma solução para o problema causado (JACCOUD, 2005, p. 163). Nas sociedades ocidentais, a Justiça Restaurativa é implementada, utilizando os modelos de tradições indígenas dos povos do Canadá e dos Estados Unidos e os maori da Nova Zelândia¹⁶ (SICA, 2007, p. 83).

A expressão Justiça Restaurativa foi impulsionada ao ser abordada no Congresso Internacional de Criminologia de Budapeste, no ano de 1993, e ganhou novos adeptos a partir da realização das conferências internacionais de vitimologia de Adelaide, na Austrália, em 1994, Amsterdã, em 1997, e Montreal, em 2000 (CUSTÓDIO; COSTA; PORTO, 2010, p. 58.). E, desde então, vislumbra-se um crescente consenso mundial em relação a seus princípios, inclusive documentos da Organização das Nações Unidas (ONU) e da União Europeia, que validam e recomendam a Justiça Restaurativa para todos os países. Na Resolução nº 2000/12,¹⁷ de 24 de julho de 2000, do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, a Organização das Nações Unidas divulga os *Princípios Básicos para a Utilização de Programas de Justiça Restaurativa em Matéria Criminal*. Os respectivos princípios são referência internacional no que tange à regulamentação da Justiça Restaurativa e suas práticas, no entanto, não se destinam a estabelecer taxativamente como os países devem realizar a institucionalização do processo restaurativo, servindo apenas de guia para os Estados que pretendam implementá-lo (ACHUTTI, 2009, p. 75).

Também merece ênfase a aprovação da Recomendação nº R (99), do Comitê de Ministros do Conselho da Europa, aprovada em 15 de setembro de 1999, que tratou sobre Mediação Penal.

Dentro das práticas restaurativas impera a atividade no lugar da passividade, ao passo que a vítima determina as suas necessidades, sejam elas emocionais, psicológicas ou patrimoniais¹⁸, em detrimento da punição ao ofensor. Muitas vezes, o valor simbólico e sentimental das perdas pode ser maior do que os prejuízos materiais em si e, desse modo, se torna praticamente impossível restabelecer os danos psicológicos. Entretanto, a indenização auxilia na recuperação, podendo oferecer uma sensação de restauração no próprio aspecto simbólico, pois, na maior parte das vezes, a vítima não deseja vingança ou a aplicação de uma punição, sendo suficiente para curar as suas feridas, ouvir o transgressor reconhecer o seu erro, pedir perdão, explicar os motivos que o levaram a cometer o delito e ver o seu comprometimento para não repetir mais tal conduta lesiva. Nesse viés, a restauração para a vítima – seja material ou simbólica - comumente corresponde à recuperação da segurança, da dignidade, da autoestima, da autonomia e do senso de controle.

Conforme se demonstra, a Justiça Restaurativa representa um mecanismo privilegiado para enfrentar essa problemática da vítima. Nas palavras de Heather Strang e Lawrence Sherman, “quanto mais cedo a justiça criminal abrir suas portas à participação das vítimas na justiça restaurativa, mais cedo podemos começar a reparar o mal de nove séculos de esquecimento das vítimas”¹⁹ (SANTOS, 2014, p. 572).

Esclarece-se que a Justiça Restaurativa não deve ser compreendida como um mecanismo privado de realização de justiça que busca ocupar o papel do Estado na persecução do crime ou um espaço para que a vítima possa *demonizar* o criminoso. Contrariamente, traduz-se em uma justiça de proximidade ao permitir, em um tempo justo, um espaço neutro e seguro para a aproximação das partes e o estabelecimento de uma comunicação que possa penetrar na raiz do conflito instaurado. Portanto, a Justiça Restaurativa, pode ser definida como uma justiça de caráter comunitário, menos punitiva, mais pacificadora e humanizadora.

A participação ativa da vítima, do ofensor e de suas comunidades são priorizadas nas práticas restaurativas, no entanto, o encontro não se realiza coercitivamente, mas, sim, voluntariamente, sob pena de os resultados perseguidos não serem atingidos de forma satisfatória. Faz-se necessária uma disponibilidade psíquica e emocional tanto das partes envolvidas quanto dos facilitadores que acompanham o processo, haja vista que esse procedimento prioriza os aspectos humanos, sociais, emocionais, psicológicos, afetivos, relacionais, bem como, a estruturação interna e externa desses indivíduos. Mesmo com a garantia de segurança e de apoio, a vítima, o ofensor e os demais afetados podem, muitas vezes, não estar dispostos a participar, em razão de uma das partes estar emocionalmente instável, seja pelo fato de o delito ser hediondo, ou por ter causado um sofrimento profundo (ZEHR, 2008, p. 194).

As principais correntes da Justiça Restaurativa não rejeitam o sistema de justiça penal, pelo contrário, defendem que as suas práticas assumem um lugar de complementaridade de modo que a sua intervenção deve se dar em primeiro plano. A questão principal é evitar que a lógica punitiva seja imposta antes de se tentar estratégias restaurativas. Entretanto, o processo restaurativo deve ser dotado de autonomia em face do sistema criminal, levando em consideração a sua perspectiva peculiar, ao passo que a justiça criminal deve ser mantida, a fim de que o limite do poder de punir e os direitos fundamentais sejam respeitados.²⁰ Ademais, apesar de o

procedimento restaurativo não objetivar substituir o modelo de justiça convencional, infere-se que a sua abordagem está muito além da justiça criminal, de modo que há um expressivo movimento social, recomendando que as suas práticas sejam aplicadas nas escolas, nos locais de trabalho, na comunidade, evitando-se a judicialização de casos mais simples que podem ser resolvidos fora do contexto judicial (ZEHR, 2008, p. 35).

A utilização de penas privativas de liberdade pode ser admitida pela Justiça Restaurativa, haja vista que, para determinados delitos, ela é inclusive recomendada, procurando a preservação das garantias processuais e penais. Nesse ponto, é que o processo restaurativo se difere do movimento abolicionista, pois esse persegue não apenas uma alternativa à pena de prisão, mas visa uma alternativa ao próprio sistema penal, com a completa substituição do atual modelo de justiça criminal. Daí, pode-se afirmar que a Justiça Restaurativa se mostra mais plausível e dialogante com o modelo vigente e mais viável de implementação do que as propostas abolicionistas. A esse respeito, Aniyar de Castro infere que, para uma sociedade prescindir do sistema penal, mister se faz a existência de um vultoso nível de democracia em sua estrutura social, econômica e cultural, fato que não se observa nos países periféricos, inviabilizando a concretização das propostas abolicionistas.²¹

Em Portugal, foi no âmbito da Justiça Juvenil que surgiram as primeiras referências às práticas restaurativas, a partir da Lei Tutelar Educativa - Lei nº 166/99 de 14 de Setembro, que priorizou o modelo educativo de responsabilidade.²² Mas, contrariamente a outros países que executam práticas restaurativas sem legislação específica sobre o tema, o Estado português optou em estabelecer um regime normativo, por meio da Lei nº 21/2007, de 12 de Junho, que introduziu a Mediação Penal de Adultos como um instrumento de Justiça Restaurativa e como uma estratégia de diversão. Cumpre salientar que a Lei nº 21/2007 foi inspirada na Decisão-Quadro 2001/220/JAI do Conselho, de 15 de março de 2001 que, em seu artigo 10º, previu que os Estados-Membros implementassem, até 22 de março de 2006, a mediação nos processos penais em relação a infrações que considerassem adequadas para este tipo de medida, assegurando que, os acordos obtidos entre a vítima e o autor da infração, fossem levados em consideração nos respectivos processos (SANTOS, 2014, p. 671-672).

A opção do legislador português, na Lei nº 21/2007, de 12 de Junho, foi pela utilização da Mediação Penal apenas em face de crimes particulares e semi-públicos contra pessoas ou contra o patrimônio, exclusivamente na fase de inquérito, excluindo-se, portanto, os crimes públicos do seu domínio e restringindo o momento de sua aplicação.²³ Diante disso – e sem a intenção de aprofundar o assunto – julga-se que tal escolha foi desacertada e minimalista tanto do ponto de vista temporal como material, uma vez que as práticas restaurativas podem ser aplicadas em todos os níveis de conflito, inclusive diante de crimes mais graves e, em qualquer momento, seja na fase pré-processual, processual ou na fase de execução da pena, como demonstram as experiências realizadas em outros países, como, por exemplo, no Brasil, Canadá e Nova Zelândia.

No entanto, ainda que a Lei nº 21/2007, de 12 de Junho, que trata da Mediação Penal de Adultos em Portugal tenha sido configurada de maneira mais restritiva em relação a sua aplicação, existem outras normativas que permitem o uso de práticas restaurativas em momento pós-sentencial, com é o caso da Lei 112/2009, de 16 de Setembro, que prevê a possibilidade de um encontro restaurativo posterior a suspensão provisória do processo ou à condenação por crime de violência doméstica e a Lei 115/2009, de 12 de Outubro que aprovou o Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade e admite que reclusos participem, mediante o seu consentimento, de programas de Justiça Restaurativa, via encontros de mediação com a vítima. (SANTOS, 2014, p. 669-670). Apesar da previsão normativa, ainda não se vislumbram a aplicabilidade efetiva de tais institutos na realidade portuguesa, seja pelas lacunas legais e pelas dificuldades que encontram as instituições responsáveis pela sua execução.²⁴

Em que pesem os desafios encontrados para que a Justiça Restaurativa seja consolidada enquanto um mecanismo complementar ao sistema de justiça tradicional é fato que os seus princípios já ecoam e reverberam em níveis diferentes em inúmeros países, seja por meio de legislação específica ou práticas de mediação penal ainda que isoladas. Nesse ponto, a Justiça Restaurativa, ao reconhecer que o delito antes de configurar uma violação contra a lei, configura primordialmente uma ofensa que aprofunda a instabilidade das relações humanas, rompendo os vínculos entre ofensor e vítima, causando distorção nas formas de comunicação e gerando uma perda da coesão

social, vem propor o tratamento do conflito de uma forma dialógica e consensual, em detrimento do modelo estritamente punitivo. Marcelo Saliba considera que “a superação do paradigma retributivo pelo paradigma restaurativo passa pela revitalização da vítima e de seus interesses” (SALIBA, 2009, p. 117). Logo, as práticas restaurativas atuam como um instrumento de resgate dos direitos humanos fundamentais, sobretudo da vítima, que passa a ter o seu papel ressignificado dentro da relação processual.

A efetivação dos direitos humanos das vítimas a partir da justiça restaurativa e a necessária transformação das profissões jurídicas

A preocupação em face do lugar da vítima diante do sistema de justiça criminal que, na maior parte das vezes, é relegada ao esquecimento, inaugurou a discussão sobre a efetivação dos direitos humanos da vítima que, longe de buscar uma divisibilidade²⁵ (SILVEIRA, ROCASOLANO, 2010, p. 235), na proteção dos direitos humanos, visa compatibilizar os direitos da vítima e do arguido (MAZZUTTI, 2012, p. 55). A consideração pela capacidade de autodeterminação dos indivíduos está fundamentada na dignidade da pessoa humana e, a esse respeito, a Justiça Restaurativa, a partir de sua concepção de justiça social e de seus princípios essenciais que envolvem o respeito, a participação ativa e o empoderamento das partes vai ao encontro desse direito humano fundamental.

Os penalistas e os “restaurativos” defendem respostas diferentes porque pensam o crime sob ótica diversa. Os restaurativos enxergam o delito como um conflito interpessoal e repudiam a pena, pois nela não vislumbram efetividade, sobretudo, no que se relaciona a reparação dos danos causados pelo crime. Já os penalistas observam o fato criminoso como uma violação de bens jurídicos importantes à comunidade e a aplicação da pena revela-se como uma medida que restabelece a legitimidade das normas. Logo, “as penas criminais são reparadoras, não dos danos concretos sofridos pelas vítimas dos crimes, mas da validade das normas violadas” (SANTOS, 2007, p. 461).

Mudar a percepção e passar a reconhecer que o crime possui, no mínimo, duas dimensões é o ponto inicial para aceitar que outras respostas, que não somente a punitiva, são necessárias para dar conta de todas as consequências decorrentes do delito. Em relação a primeira delas, a dimensão pública do crime, concorda-se com a

resposta emanada da justiça penal e, nesse plano, a vítima de fato, não ocupa uma função central. Contudo, a segunda, que é a dimensão interpessoal e mais privada do crime não pode ser negada e, daí, decorre a imprescindibilidade de se apresentar respostas nessa direção (SANTOS, 2014, p. 569-570).

Markus Dirk Dubber ressalta que o crime e o sistema de justiça penal deveriam ser entendidos como “assuntos entre pessoas”, afinal, a maioria dos indivíduos consegue, facilmente, se conectar com o sofrimento vivenciado pela vítima. É justamente essa relação de interpessoalidade e a condição de pessoas que aproxima o criminoso e a sua vítima. Enquanto isso, os interesses do processo penal são diversos dos interesses da vítima e, apesar dessa distância inicial, é possível surgir uma aproximação quando se percebe que ambos desejam uma resposta para o delito que não seja aquela determinada pela justiça penal (DUBBER, 2006, p. 27).

O que se propugna é a humanização do processo penal na perspectiva da vítima de modo que se possa assegurar um tratamento equitativo em que se priorize o respeito pela dignidade humana. Isso passa pelo fortalecimento do papel ocupado pela vítima no processo penal, assegurando, na medida do possível, a reparação integral do dano - material, moral, social, psicológico - seja por meio de serviços públicos e privados de assistência às vítimas de crimes, pelos programas de mediação e justiça restaurativa, pela criação de fundos de reparação dos danos aliado a atividade do Estado em efetivar e ampliar os direitos daqueles que foram alvo de uma conduta criminosa. A combinação dessas ações é capaz de diminuir, em grande medida, os efeitos da vitimização (MAZZUTTI, 2012, p. 119.)

Para além do interesse da vítima em ver o criminoso responsabilizado - e não simplesmente punido - também existe a necessidade de outra modalidade de intervenção fundamentada pela concepção de solidariedade. Todavia, a justiça penal em razão de sua própria estrutura não consegue, ao mesmo tempo, assegurar os interesses da sociedade - que representam as vítimas abstratas e futuras e os interesses da vítima real. É nesse sentido que, para proporcionar à vítima concreta a solidariedade de que necessita, se faz imperioso reconhecer que o crime traz outro conflito - entre a vítima concreta e o arguido - para além daquele evidenciado no processo penal e que apenas poderá ser tratado mediante instrumentos externos - complementares e

conciliáveis - à justiça penal. A questão é transpor o pensamento de que “todas as vítimas são a mesma vítima: a sociedade” (HERRERA, 1999, p. 69).

Mesmo com a demonstração de que a ampliação da participação da vítima no processo penal - especialmente, por meio da aplicação da Justiça Restaurativa - refletirá diretamente no respeito a sua dignidade, esse argumento não passa longe de críticas. E a principal problemática sustentada por alguns doutrinadores é de que a concessão de maior poder às vítimas no âmbito do processo penal poderia levar a uma privatização da justiça e a um retorno ao modelo de vingança privada, já que se proporcionaria um campo ideal para que a vítima manifestasse sua revolta, raiva e retaliação. Outra linha de pensamento enfatiza que, enfraquecer o monopólio do Estado na apuração do crime é contribuir com a privatização da justiça e com a transgressão do princípio da igualdade o que, por sua vez, afetaria a classe mais desfavorecida da população.

Para Peter-Alexis Albrecht, a valorização da vítima poderia trazer um “resultado de ameaça dos direitos fundamentais pelo privilégio do poder privado” e comprometer a harmonia processual em detrimento dos arguidos (ALBRECHT, 2010, p. 582-585). Já, Paul Ricoer aborda que “o jurista vê, na identificação emocional com as vítimas, o sintoma mais evidente desta anulação da posição de imparcialidade - identificação emocional com as vítimas que teria a sua contrapartida na diabolização do culpado” (GARAPON, 1998, p. 12-13).

Todavia, tais críticas, em que pese revelarem uma preocupação relativamente compreensível, não passam de especulações que acabam mais por configurar um obstáculo a participação real da vítima no processo penal e a implementação da Justiça Restaurativa. Até mesmo porque não há como equiparar o conceito de vingança privada e privatização da justiça que assumem contornos diversos e se distanciam em razão da própria evolução social e jurídica que não mais tolera atos de violência particular como resposta ao crime.

Logo, o discurso que incentiva a maior participação da vítima na justiça penal a partir da Justiça Restaurativa não implica na exaltação da vingança privada e sequer na defesa da privatização do sistema de reação ao crime e à renúncia ao modelo de justiça atual. Isso porque o movimento de “descoberta da vítima” acontece, na maioria das vezes, para além da esfera da justiça penal, como é o exemplo das próprias práticas restaurativas e isso não gera maior punição ao agente ou o enfraquecimento de suas

garantias uma vez que, o pano de fundo do procedimento, é o consenso²⁶. A esse respeito, Markus Dubber assevera que “levar as vítimas a sério, como pessoas e por si próprias, pode resultar em menos, e não em mais, punição do agente do crime” (DUBBER, 2006, p. 9).

Outrossim, não há privatização quando o que se busca é garantir os direitos da vítima, sobretudo, a tutela de sua dignidade e, em momento algum, o escopo pretendido foi tornar as necessidades da vítima a função primordial do Direito Penal e do Processo Penal, mas, antes, incluí-las na resposta dada ao crime. Nas palavras de Cláudia Santos, “aceitar-se a relevância dos interesses da vítima e a importância da reparação dos seus danos e da possibilidade de pacificação do conflito em que esteve envolvida, no contexto de um sistema distinto do penal e que não o substitui, não pode equivaler, naturalmente, a uma privatização do penal” (SANTOS, 2014, p. 559).

Em síntese, o fortalecimento do papel da vítima perante o processo penal não implica em delegar a atividade judicial a entes privados, bem como, o incentivo que se faz às práticas restaurativas não resulta na privatização da justiça penal, tendo em vista que são sistemas com finalidades distintas, não sendo o propósito da Justiça Restaurativa ocupar o lugar da justiça penal. Em verdade, o objetivo final da Justiça Restaurativa é a pacificação do conflito por meio da reparação dos danos – sobretudo os emocionais - causados à vítima o que se faz com a participação ativa e a concordância do arguido e isso, por si só, em nada se equivale à vingança privada.

E mesmo que a Justiça Restaurativa centre-se em um aspecto mais privado do delito, de todo modo, reconhece-se a dimensão pública do crime e a importância da intervenção do Estado na apuração dos fatos. Ademais, o Estado também exerce um papel indireto, mas considerável na aplicação das práticas restaurativas, pois, é responsável em zelar para que o procedimento seja aplicado em consonância com princípios e objetivos essenciais além de promover os meios e recursos indispensáveis para a organização dos programas restaurativos. Além do mais, a preocupação da justiça penal com as vítimas abstratas é inafastável de modo que não se cogita um modelo de justiça voltado unicamente às vítimas concretas (SANTOS, 2007, p. 562-565).

Menciona-se como exemplo dessa inter-relação entre a justiça penal e a Justiça Restaurativa, a mediação penal de adultos, prevista na Lei nº 21/2007, de 12 de junho e que pode ser realizada durante a fase de inquérito. Nesse mesmo sentido, Mário

Monte leciona que esse modelo de mediação penal “dá a vítima um lugar que há muito não tinha, sem, contudo, reduzir as garantias processuais ou privatizar o direito penal, porque é ainda no seio do processo penal e com a intervenção do Ministério Público que se desenvolve” (MONTE, 2011, p. 116).

O que se propugna, portanto, é a implementação de outros modelos de resposta ao crime que possam atuar de forma complementar e concomitante ao sistema tradicional de reação do delito, resguardando, assim, as garantias das vítimas conforme preconizadas nos documentos internacionais e supranacionais de direitos humanos, sobretudo, na *Declaração dos Princípios Fundamentais de Justiça relativos às Vítimas de Crimes e de Abuso de Poder*. Dessa maneira, possibilita-se que “se faça justiça à comunidade, porque se defende a ordem; se faça justiça ao arguido, porque se respeita a sua liberdade, e se faça justiça à vítima concreta, garantindo uma resposta solidária face às suas reais necessidades” (SANTOS, 2014, p. 572).

Porém, para que seja possível ultrapassar o plano teórico e jurídico e tornar verdadeiramente efetivo o reconhecimento das vítimas a partir da implementação da Justiça Restaurativa é fundamental que antes, institua-se um novo paradigma nas profissões jurídicas, pois, como se viu, apesar de se reconhecer todos os benefícios que os envolvidos em um conflito, especialmente às vítimas, podem obter com as práticas restaurativas - inclusive, vantagens para os próprios profissionais da área jurídica - percebe-se que tais instrumentos ainda são pouco utilizados em alguns países, como é o caso de Brasil e Portugal. O conservadorismo de uma parcela dos operadores do direito, dos doutrinadores e dos legisladores, adeptos ao positivismo, à cientificidade e ao racionalismo excessivo configura um entrave para que a Justiça Restaurativa possa ser interpretada contemporaneamente como uma possibilidade legítima que concede autonomia às partes e preza pela solução mais célere, efetiva e humanizada do conflito.

A humanização da vítima por meio da Justiça Restaurativa, inevitavelmente, é responsável pela criação de uma nova categoria de profissionais, pois, diante da incapacidade de o formalismo dogmático satisfazer com amplitude as demandas sociais por justiça exige-se uma renovação do perfil dos operadores do direito que precisam distanciar-se de análises exclusivamente abstratas, lógicas e viciadas pelos ritualismos processuais para, possibilitar que a solução dos litígios vibre em consonância com a realidade daqueles que recorrem aos tribunais.

Logo, decisões judiciais que atentam unicamente para a dimensão pública do crime e ignoram a sua dimensão interpessoal, tornam-se inócuas e tecnicistas, deixando de levar em consideração as necessidades humanas que estão por detrás do processo. Somente com uma transformação na postura dos profissionais da área jurídica é que os conflitos poderão ser melhor interpretados, valorados e resolvidos. E, essa mudança de cultura exige, em grande medida, a (re)construção das profissões jurídicas uma vez que, os operados do Direito devem, necessariamente, dispor de outras competências e um olhar mais apurado no sentido de compreender a subjetividade que carregam os conflitos, principalmente os criminais (PEDROSO, 2001, p. 28-29).

Os advogados, por exemplo, desempenham um papel fundamental na administração da justiça. Contudo, percebe-se uma resistência desses profissionais em recomendar outras formas de resolução de conflitos, especialmente quando se trata da área penal e, isso se dá, primeiramente, pelo receio de diminuição de seus honorários e de maior autonomia e protagonismo das partes, que, por sua vez, pode ser interpretada como uma perda de poder. Além disso, meios de diversão, como a própria Justiça Restaurativa, exigem uma atuação diferenciada do advogado, já que, as estratégias adotadas nesse âmbito devem abarcar questões subjetivas que, na maioria das vezes, extrapolam o conflito objetivo. Enquanto isso, no sistema de justiça tradicional o trabalho do advogado resume-se a assuntos de ordem jurídica e, por isso, alguns profissionais preferem atuar de modo mais procedimental em detrimento de uma intervenção mais humanizada (GOUVEIA, 2012, p. 44). Importa recordar que todos os operados do direito, incluindo os advogados, exercem o papel de agentes de transformação, cuja principal finalidade é alcançar a harmonização e pacificação social. A escolha da justiça pertinente para cada situação demonstra o comprometimento e a ética do profissional para com o exercício do seu ofício.

No que se refere aos juízes e promotores, a mudança de paradigma passa pelo maior conhecimento de outras formas de justiça, como é o caso das práticas restaurativas, a fim de que, em determinadas situações, tenham propriedade para diagnosticar se o caso deve ou não ser encaminhado a uma sessão de mediação penal, por exemplo (GOUVEIA, 2012, p. 71).

Nesse sentido, Cappelletti em seus consistentes e consideráveis estudos sobre a nova concepção da expressão acesso à justiça, aduz que, esse movimento reformador

global dos ordenamentos processuais, tem as partes como fator preponderante, enquanto que a posição dos operadores do direito desloca-se do objeto puramente normativo para as necessidades não atendidas dos jurisdicionados em diversos níveis, tais como, identificação de conflitos implícitos e reprimidos, dificuldades de ordem econômica, social e cultural e problemas que obstaculizam o acesso à justiça. Segue o nobre jurista italiano lecionando que “a componente normativa do direito não é negada, mas encarada como um elemento, e com grande frequência, não o principal, do direito. O elemento primário é o povo, com todos os seus traços culturais, econômicos e psicológicos” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 34).

A expansão da concepção do processo para além da dogmática jurídica processual abre espaço para que outras áreas do conhecimento, como, a sociologia, a psicologia, a antropologia, atuem na resolução dos conflitos, já que, o contexto atual, tem demonstrado que, o direito, de forma isolada e fragmentada, não mais dá conta de resolver com satisfatoriedade as demandas complexas que a sociedade apresenta, mormente, atender as necessidades das vítimas de crimes. Daí, a necessidade de a interdisciplinaridade ingressar no sistema judicial permitindo um olhar sistêmico acerca dos conflitos.

Entende-se que essa mudança de mentalidade dos profissionais jurídicos somente acontecerá mediante um processo de formação acadêmica que ultrapasse os conceitos engessados da dogmática jurídica e, sem diminuir-lhe o valor, amplie a visão que se tem acerca dos conflitos que, em ampla concepção, é o próprio objeto de estudo e desenvolvimento do direito. O retorno emocional, psíquico e realista aos conteúdos que envolvem o conflito e suas implicações diretas e indiretas, notadamente na vida da vítima, faz com que a Justiça Restaurativa configure um instrumento garantidor de seus direitos humanos fundamentais.

Considerações finais

A problemática de que o sistema de justiça penal abandonou a vítima, relegando-a a mera expectadora do processo penal vem sendo debatida há tempo, inclusive, após o avanço nos estudos da Vitimologia que procuram compreender a vítima a partir de um enfoque integral. E, a compreensão de que a vítima merece ter seus interesses preservados, repercutiu no reconhecimento internacional e

supranacional acerca da necessidade de proteção dos seus direitos, movimento que se harmonizou com o processo de internacionalização dos direitos humanos, sobretudo, no que tange a inserção do princípio da dignidade humana como valor essencial dos ordenamentos jurídicos dos Estados democráticos. Porém, não se pode afirmar que esse processo de legitimação tenha sido alcançado mediante uma noção abrangente do que a vítima deve pressupor perante a justiça penal. Ainda que muitos Estados, a exemplo de Portugal, venham modificando a sua legislação interna para garantir o reconhecimento das vítimas e a tutela de seus interesses, infere-se que, ainda assim - mesmo após o advento do Estatuto da Vítima e da revisão operada em 2007 no Código de Processo Penal - não se vislumbram alterações na estrutura processual que continua a ver o crime como um assunto que pertence ao Estado, mantendo a configuração bilateral do processo penal - arguido e Justiça Pública.

O modelo tradicional de justiça não está apto a considerar as necessidades emocionais e sociais das partes envolvidas em um crime, bem como atenuar o seu impacto no meio social. O fato de o Estado e não o indivíduo ser o ofendido dificulta a percepção do dano pelo ofensor e, por ser uma ideia demasiadamente abstrata, afasta e exclui a vítima da relação processual, deixando-a impossibilitada de participar da resolução de seu próprio conflito. Apesar da previsão legal de formas de reparação às vítimas, cumpre salientar que elas são impostas a partir do resultado de um processo de reflexão de um julgador imparcial, não oportunizando que a vítima e o agente que praticou o crime exerçam a sua autonomia e escolham uma resposta ao delito que vá ao encontro de suas reais necessidades e interesses. Por isso, na maior parte das vezes, a resposta dada a crime pela justiça penal não satisfaz a vítima e, por consequência, não gera a pacificação do conflito e a coesão social que, em última análise, configuram o propósito essencial do sistema judicial penal.

O mais coerente seria a participação ativa das vítimas no processo judicial e que as suas necessidades fossem contempladas na decisão final. Todavia, não é isso que ocorre na justiça convencional. Na maioria das vezes, não se faz quase nada para beneficiar a vítima, não se ouve o seu sofrimento e as suas necessidades, não há uma preocupação consistente em restituir o seu prejuízo - seja material ou psicológico - e, sobretudo, não se permite o seu envolvimento na solução da ofensa, restando ao ofendido a mera narração dos fatos ou, em alguns casos, a ação de legitimar o início da

ação penal a ser realizada pelo Ministério Público. Assim, aprofunda-se o senso de vitimização, já que os mais afetados diretamente pelo crime têm negada a participação no desfecho do caso.

Diante disso, observa-se a instrumentalização da vítima para fins do Estado, resultando na sua coisificação e na violação de seus direitos humanos fundamentais, sobretudo, a dignidade, liberdade e igualdade. A expansão da possibilidade de respostas consensuadas diante da prática de um crime, implica na redefinição do papel da vítima no processo penal, sobretudo, no que tange ao novo olhar que se concede às suas necessidades. Desse modo, no lugar da resposta exclusivamente punitiva imposta pelo Estado, permitir que a vítima seja incluída na tríade processual é o caminho para alcançar a sua humanização.

Nesse ímpeto, a Justiça Restaurativa surge como um instrumento de interlocução entre ente estatal e sociedade ampliando o direito de acesso à justiça, especialmente, no que se refere à possibilidade de escolha pelas partes, sobretudo da vítima, de uma estrutura mais adequada, célere e eficaz para atender os seus anseios e, assim, resolver o seu conflito de forma satisfatória, vencendo as barreiras e os déficits encontrados na estrutura do sistema judicial. Portanto, a Justiça Restaurativa reconhece e fortalece o papel da vítima perante o processo penal, assegurando os seus direitos humanos fundamentais. Não obstante, denota-se que a Justiça Restaurativa não visa substituir o trabalho desenvolvido pelos tribunais - que continuam a atuar na dimensão pública do crime - mas atuar de forma complementar, voltada ao atendimento da dimensão interpessoal do delito.

Contudo, o principal desafio está na efetiva implementação da Justiça Restaurativa tendo em vista que dificuldades de ordens práticas, técnicas e estruturais limitam o seu campo de expansão aliado ao conservadorismo de muitos operadores do direito que, ao sustentar um viés unicamente punitivo, não conseguem enxergar os benefícios que o mecanismo de mediação penal pode trazer ao sistema de justiça. Por conseguinte, a resistência dos profissionais que atuam na área jurídica configura justamente o maior obstáculo para que a Justiça Restaurativa possa ser consolidada nos mais diversos ordenamentos e, com isso, satisfazer os direitos humanos fundamentais da vítima.

A superação desse paradigma reacionário passa pela transformação das profissões jurídicas mediante um processo de formação acadêmica multidisciplinar capaz de envolver uma visão sistêmica acerca do conflito e, com isso, transcender o modelo estritamente dogmático, tecnicista e positivista do direito para permitir que, além da dimensão pública do crime, a justiça também possa dar conta da sua dimensão interpessoal, que passa pelo atendimento das necessidades daqueles que sofreram com o delito perpetrado. Logo, a resignificação da mentalidade e da postura dos operadores do direito apenas será possível se iniciada nos bancos acadêmicos, local em que se oferecem as condições para que os aprendizes desenvolvam senso crítico, construam o conhecimento e ultrapassem os pré-conceitos.

Apesar de se entender que a Justiça Restaurativa configura um mecanismo ideal e mais humano no processo de resposta ao crime, reconhece-se que o seu objetivo não é erradicar completamente a miséria humana, evoluindo para um contexto social isento de hostilidade e divergências. Até mesmo, porque, considerando a natureza endêmica do conflito, percebe-se que ele é inerente às relações sociais.

Outrossim, o reconhecimento que se pretende dar à vítima no sistema de justiça penal não a eleva a uma categoria superior em relação as outras partes processuais, mas antes, visa alcançar um equilíbrio e um status de legitimidade entre os envolvidos no conflito, que hoje não existe. Portanto, o que a Justiça Restaurativa essencialmente busca é criar condições para que a justiça seja mais acessível, efetiva e que garanta a dignidade das vítimas, consoante previsto nos documentos internacionais e supranacionais de proteção dos direitos humanos.

Notas

- ¹ Doutoranda em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Coimbra. Mestre em Direito. Pesquisadora e Professora do Curso de Direito da Universidade de Passo Fundo. Coordenadora do Programa de Extensão MEDIAJUR - Núcleo de Prevenção e Solução Integrativa de Conflitos da Universidade de Passo Fundo. Advogada Sistêmica
- ² Mestre em Direito Constitucional - Universidade de Coimbra. Especialista em Investigação Criminal e Psicologia Forense. Especialista em Direito Penal e Processo Penal Aplicados - Escola Brasileira de Direito. Especialista em Psicologia Multifocal e Formação em Terapia Corporal Neo-Reichiana - Instituto Lumen. Graduação pela Faculdade de Direito de Franca. Professora Substituta de Processo Penal pela Faculdade de Direito de Franca. Professora colaboradora da Faculdade de Direito de Franca para trabalhos de iniciação científica/ TCC e de cursos de Pós-graduação na área de criminologia, direito penal/processo penal. Professora Cursos preparatórios para Concursos Públicos. Foi investigadora visitante do Instituto de Direito Penal Econômico Europeu - IDPEE. Membro Editorial/Parecerista de Revistas de Direito. Advogada.
- ³ Conforme Heitor Piedade Júnior, a "Vitimização ou vitimação, ou processo vitimizatório, é a ação ou efeito de alguém (indivíduo ou grupo) se autovitimizar ou vitimizar outrem (indivíduo ou grupo). É processo mediante o qual alguém (indivíduo ou grupo) vem a ser vítima de sua própria conduta ou da

- conduta de terceiro (indivíduo ou grupo), ou de fato da Natureza. No processo de vitimização, salvo no caso de autovitimização quando ocorre a autolesão, necessariamente, encontra-se a clássica dupla vitimal, ou seja, de um lado o vitimizador (agente) e de outro a vítima (paciente)”.
- 4 Segundo Edmundo Oliveira: “A Vitimologia surgiu exatamente do martírio sofrido pelos judeus nos campos de concentração comandados por Adolf Hitler, sendo reconhecido como fundador da doutrina Vitimológica o notável advogado israelita Benjamin Mendelsohn, Professor Emérito da Universidade Hebraica de Jerusalém. Como marco histórico Mendelsohn pronunciou na Universidade de Bucareste, em 1947, sua famosa Conferência *Um horizonte novo na Ciência Psicossocial: A Vitimologia*” (OLIVEIRA, 2001 p. 9).
 - 5 São exemplos de doutrinadores que entendem a Vitimologia como conteúdo pertencente a Criminologia: Ezzat Abdel Fattah, Clemens Amelunxen, Thomas Nagel, Vasile Stanciu, Raúl Goldstein, Souchet, Walter Raul Sempertegui. Enquanto, Mendelsohn, Drapkin e Paul Zvonimir Separovic definem a Vitimologia como ciência autônoma, desvinculada da Criminologia.
 - 6 Artigo 71º - A determinação da medida da pena, dentro dos limites definidos na lei, é feita em função da culpa do agente e das exigências de prevenção. 2 - Na determinação concreta da pena o tribunal atende a todas as circunstâncias que, não fazendo parte do tipo de crime, depuserem a favor do agente ou contra ele, considerando, nomeadamente: e) A conduta anterior ao facto e a posterior a este, especialmente quando esta seja destinada a reparar as consequências do crime.
 - 7 Artigo 72º - 1 - O tribunal atenua especialmente a pena, para além dos casos expressamente previstos na lei, quando existirem circunstâncias anteriores ou posteriores ao crime, ou contemporâneas dele, que diminuam por forma acentuada a ilicitude do facto, a culpa do agente ou a necessidade da pena. 2 - Para efeito do disposto no número anterior, são consideradas, entre outras, as circunstâncias seguintes: c) Ter havido actos demonstrativos de arrependimento sincero do agente, nomeadamente a reparação, até onde lhe era possível, dos danos causados.
 - 8 Artigo 74º - Quando o crime for punível com pena de prisão não superior a 6 meses, ou só com multa não superior a 120 dias, pode o tribunal declarar o réu culpado, mas não aplicar qualquer pena se: a) A ilicitude do facto e a culpa do agente forem diminutas; b) O dano tiver sido reparado; e c) À dispensa de pena se não opuserem razões de prevenção. 2 - Se o juiz tiver razões para crer que a reparação do dano está em vias de se verificar, pode adiar a sentença para reapreciação do caso dentro de 1 ano, em dia que logo marcará. 3 - Quando uma outra norma admitir, com carácter facultativo, a dispensa de pena, esta só tem lugar se no caso se verificarem os requisitos contidos nas alíneas do n.º 1.
 - 9 Nesse sentido, SANTOS (2014, p. 550) menciona o Regime Jurídico aplicável à prevenção da violência doméstica, à proteção e à assistência das suas vítimas apresenta uma importância também simbólica “por confirmar que pode haver mediação penal relativamente a crimes públicos e por constituir prova de que a mediação penal pode não ser apenas uma forma de diversão processual”.
 - 10 Artigo 69.º - Posição processual e atribuições dos assistentes: 1 - Os assistentes têm a posição de colaboradores do Ministério Público, a cuja actividade subordinam a sua intervenção no processo, salvas as excepções da lei. 2 - Compete em especial aos assistentes: a) Intervir no inquérito e na instrução, oferecendo provas e requerendo as diligências que se afigurarem necessárias; b) Deduzir acusação independente da do Ministério Público e, no caso de procedimento dependente de acusação particular, ainda que aquele a não deduza; c) Interpor recurso das decisões que os afectem, mesmo que o Ministério Público o não tenha feito. (ortografia mantida igual ao escrito na legislação portuguesa).
 - 11 Artigo 68º, nº 2 - Tratando-se de procedimento dependente de acusação particular, o requerimento tem lugar no prazo de 10 dias a contar da advertência referida no n.º 4 do artigo 246.
 - 12 Artigo 70º, nº 3 - Os assistentes podem ser acompanhados por advogado nas diligências em que intervierem.
 - 13 No que se refere ao conceito de “redescoberta”, Guilherme Costa Câmara (2008, p. 60) menciona que “poderia a terminologia ora censurada acarretar a ideia equivocada de que se estaria, quiçá, a pretender um retorno ao passado, estremando-se todos os ganhos e aquisições conceituais conquistados na lavra dos séculos; de outro lado, antigas descobertas, como todos os riscos de incidir-se em uma reinvenção da roda”.
 - 14 É imperioso destacar que, apesar da considerável influência que a Vitimologia exerce sobre a Justiça Restaurativa, não se pode tê-la como absoluta, pois, apesar da existência de pontos em comum, o processo restaurativo não se trata de um modelo direcionado somente às vítimas – embora seja esse o foco do presente estudo - haja vista que leva em consideração igualmente os interesses do ofensor e da comunidade.

- ¹⁵ A Justiça Restaurativa utiliza-se de várias práticas e técnicas, dentre elas, a mediação, a conciliação, a transação, as conferências de família e os círculos restaurativos. Contudo, por configurar uma alternativa ainda em desenvolvimento, não é possível limitar formas específicas de procedimento, muito menos, considerá-la sinônimo de mediação, uma vez que se trata de um modelo mais amplo e mais complexo. O procedimento restaurativo deve ser marcado pela flexibilidade, de modo que possa adaptar-se à realidade das partes envolvidas, encontrando a melhor técnica, para que seja possível atingir os objetivos primordiais perseguidos.
- ¹⁶ Conforme Leonardo Sica (2007, p. 83) a concretização da Justiça Restaurativa na Nova Zelândia significou a aplicação das práticas restaurativas de forma mais sistemática e como o primeiro instrumento alternativo para os delitos, envolvendo adolescentes. A sua implementação ocorreu em decorrência da reivindicação da população maori, exausta da discriminação que sofria em face dos brancos europeus. Para sustentar esse acontecimento, menciona-se o fato de que o índice de adolescentes nativos, submetidos ao regime de internação, na época, era muito superior aos jovens de origem europeia. Diante de inúmeros problemas que permeavam essa comunidade, o Sistema de Justiça da Infância e da Juventude, editou, em 1989, o *Children, Young Persons and Their Families Act*, que visava melhor se compatibilizar com as tradições da população maori. Essa proposta reconhecia a família como corresponsável para tratar os conflitos que envolviam os jovens autores de ato infracional. Ademais, o escopo era incentivar a utilização de modelos alternativos à justiça criminal, os quais não prejudicassem os vínculos familiares e comunitários dos adolescentes. As medidas privativas de liberdade deveriam ser aplicadas em última instância, sempre atendendo os interesses dos jovens.
- ¹⁷ A Resolução dispõe que programa de Justiça Restaurativa é todo aquele que utiliza processos restaurativos e visa alcançar resultados restaurativos. Por processo restaurativo se entende qualquer processo no qual a vítima, o ofensor, os indivíduos ou os membros da comunidade afetados por um crime, participam ativamente no tratamento de questões relativas ao delito, através de mediação, conciliação, reunião familiar ou comunitária e círculos decisórios, com o auxílio de um facilitador, pessoa cujo papel é facilitar, de maneira justa e imparcial, a participação das pessoas afetadas e envolvidas no procedimento. Os processos restaurativos visam alcançar um resultado restaurativo, compreendido como o acordo obtido, que engloba respostas e programas como, por exemplo, a reparação, a restituição e o serviço comunitário, no intuito de atender as necessidades individuais e coletivas e responsabilidades das partes, bem como promover a reintegração da vítima e do ofensor.
- ¹⁸ No que se refere à reparação patrimonial, em muitas circunstâncias ela se torna inviável ante as condições de miserabilidade do ofensor. Nesses casos, o procedimento restaurativo deve prezar pela construção de alternativas diversas, sem qualquer caráter patrimonial reparatório à vítima, como por exemplo, a prestação de atendimento em entidades assistenciais, escolas ou em comunidades carentes, mas sempre levando em consideração a opinião do ofendido.
- ¹⁹ STRANG; SHERMAN, 2003, p. 42 apud SANTOS, 2014, p. 572.
- ²⁰ A expansão dos espaços de consenso na justiça penal, como é o caso do suspensão provisória do processo e processo sumaríssimo, em nada se equivalem ao consenso obtido na Justiça Restaurativa já que, enquanto nestas, é a própria vítima e o arguido que chegam a um acordo por meio de um diálogo franco e respeitador, naqueles a solução é “alcançada” pelo julgador, pelo membro do Ministério Público, pelo arguido e seu advogado, existindo objeções quanto à possibilidade ou não de participação do assistente da vítima.
- ²¹ CASTRO, 2005, p. 45.
- ²² Artigo 42º - Mediação: 1 - Para realização das finalidades do processo, e com os efeitos previstos na presente lei, a autoridade judiciária pode determinar a cooperação de entidades públicas ou privadas de mediação. 2 - A mediação tem lugar por iniciativa da autoridade judiciária, do menor, seus pais, representante legal, pessoa que tenha a sua guarda de facto ou defensor.
- ²³ Artigo 2º - Âmbito: 1 – A mediação em processo penal pode ter lugar em processo por crime cujo procedimento dependa de queixa ou de acusação particular. 2 – A mediação em processo penal só pode ter lugar em processo por crime que dependa apenas de queixa quando se trate de crime contra as pessoas ou de crime contra o património. 3 – Independentemente da natureza do crime, a mediação em processo penal não pode ter lugar nos seguintes casos: a) O tipo legal de crime preveja pena de prisão superior a 5 anos; b) Se trate de processo por crime contra a liberdade ou autodeterminação sexual; c) Se trate de processo por crime de peculato, corrupção ou tráfico de influência; d) O ofendido seja menor de 16 anos; e) Seja aplicável processo sumário ou sumaríssimo.
- ²⁴ Pode-se afirmar que a Mediação Penal surgiu em Portugal a partir de uma iniciativa promovida pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto (FDUP), pela Procuradoria-Geral Distrital do Porto e pelo Departamento de Investigação e Acção Penal do Porto (DIAP) designada “Projecto do Porto”,

iniciado em 2 de novembro de 2004. Inicialmente, o Projeto contemplava situações em que fosse possível a aplicação do instituto do arquivamento em caso de dispensa de pena ou o da suspensão provisória do processo. Com o avançar das atividades, a mediação penal passou a ser tratada como um mecanismo autônomo, independente de outros institutos associados aos meios de diversão e de consenso. No âmbito do “Projecto do Porto”, a mediação penal era levada ao conhecimento do denunciado e da vítima por meio de uma carta enviada pelo DIAP, onde constavam os fatos objeto do inquérito, explicando aos destinatários no que consistia e como se realizavam as sessões de mediação penal.

²⁵ A indivisibilidade é característica inerente aos Direitos Humanos e, de acordo com Vladimir Oliveira da Silveira e Maria Mendez Rocasolano (2010, p. 235) “conecta-se inseparavelmente ao denominado caráter sistêmico, na medida em que os direitos humanos formam uma unidade cujos elementos são interdependentes. São todos iguais e não existe hierarquia entre eles”.

²⁶ A expansão dos espaços de consenso na justiça penal, como é o caso da suspensão provisória do processo e processo sumaríssimo, em nada se equivalem ao consenso obtido na Justiça Restaurativa já que, enquanto nestas, é a própria vítima e o arguido que chegam a um acordo por meio de um diálogo franco e respeitador, naqueles a solução é “alcançada” pelo julgador, pelo membro do Ministério Público, pelo arguido e seu advogado, existindo objeções quanto à possibilidade ou não de participação do assistente da vítima.

Referências

ACHUTTI, Daniel. *Modelos Contemporâneos de justiça criminal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

ALBRECHT, Peter-Alexis. *Criminologia – Uma fundamentação para o Direito Penal*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos; Helena Cardoso. Brasil: Lumen Iuris, 2010.

BARATTA, Alessandro. *Criminología y sistema penal*. Buenos Aires: Euros S. R. L., 2004.

BERISTAIN, Antonio. *Nova Criminologia à luz do Direito Penal e da Vitimologia*. Tradução de Cândido Furtado Maia Neto. Brasil: Universidade de Brasília, 2000.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *O Direito na Pós-Modernidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.

BITTENCOURT, Edgard de Moura. *Vítima*. Brasil: Universitária de Direito, 1978.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 30.

CÂMARA, Guilherme Costa. *Programa de política criminal: orientado para a vítima de crime*, São Paulo: Revista dos Tribunais, Coimbra: 2008.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Nortfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminologia da libertação*. Rio de Janeiro: Revan; Instituto Carioca de Criminologia, 2005.

CUSTÓDIO, André Viana; COSTA, Marli Marlene Moraes da; PORTO, Rosane Teresinha Carvalho. *Justiça restaurativa e políticas públicas: uma análise a partir da teoria da proteção integral*. Curitiba: Multideia, 2010.

DIAS, Jorge de Figueiredo, RODRIGUES, Anabela Miranda. A legitimidade da S.P.A. em processo penal. In: *Temas de Direito de Autor*. vol. 3. Edição da S.P.A., 1989.

_____. *Acordos sobre a sentença em Processo Penal – o “Fim” do Estado de Direito ou um novo Princípio?* Porto: Ordem dos Advogados Portugueses; Conselho Distrital do Porto, 2011.

DUBBER, Dirk Markus. *Victims in the War on Crime – The use and abuse of Victim’s Rights*. Nova Iorque: New York University Press, 2006.

ERISTAIN, Antonio. *Nova Criminologia à luz do Direito Penal e da Vitimologia*. Tradução de Cândido Furtado Maia Neto. Brasil: Universidade de Brasília, 2000.

GARAPON, Antoine. *O Guardador de Promessas – Justiça e Democracia*. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

GOUVEIA, Mariana França et al. *Justiça Económica em Portugal: Meios de Resolução Alternativa de Litígios*. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2012.

HULSMAN, Louk. *Penas perdidas – o sistema penal em questão*. Brasil: Luam Editora, 1993.

JACCOUD, Mylène. Princípios, tendências e procedimentos que cercam a justiça restaurativa. In: SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes (Orgs.). *Justiça Restaurativa*. Coletânea de artigos. Brasília: Ministério da Justiça; Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), 2005.

KONZEN, Afonso Armando. *Justiça Restaurativa e o ato infracional: desvelando sentidos no itinerário da alteridade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

MANZANERA, Luiz Rodríguez. *Criminologia*. 2. ed. México: Porruá, 1981.

MARQUES Mário Reis. *Introdução ao Direito*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2012.

_____. A Protecção Internacional dos Direitos Humanos. Dos Sistemas Regionais ao Intento Global da ONU. In: CUNHA, Luís Pedro; QUELAS, José Manuel; ALMEIDA, Teresa (Orgs.). *Boletim de Ciências Económicas*. Homenagem ao Prof. Doutor António José Avelãs Nunes. Coimbra: Impactum, 2014, T. 2, vol. LVII.

MAYR, Eduardo. Vitimização judicial da vítima: algumas reflexões – visão brasileira. In: *Vitimologia Fascículos de Ciências Penais*. Brasil: Sergio Antonio Fabris, v. 5, 1992.

MAZZUTTI, Vanessa De Biassio. *Vitimologia e Direitos Humanos – O Processo Penal sob a perspectiva da Vítima*. Brasil: Juruá, 2012.

MOLINA, Antonio Garcia-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*. 4. ed. Brasil: Revista dos Tribunais, 2002.

MONTE, Mário Ferreira. Um balanço provisório sobre a lei de mediação penal de adultos. In: ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de (Org). *Homenagem de Viseu a Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

OLIVEIRA, Edmundo. *Vitimologia e Direito Penal*. Brasil: Forense, 2001.

PASSETTI, Edson. Abolicionismo penal: um saber interessado. *Discursos Sediciosos*. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia. v. 7, n. 12.

PEDROSO, João António Fernandes. *Percurso(s) da(s) reforma(s) da administração da justiça - uma nova relação entre o judicial e o não judicial* (nova versão). In: Relatório de Investigação do Observatório Permanente da Justiça Portuguesa. 2001.

PIEADADE JÚNIOR, Heitor. *Vitimologia: evolução no tempo e no espaço*, Brasil: Freitas Bastos, 1993.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SALIBA, Marcelo Gonçalves. *Justiça restaurativa e paradigma punitivo*. Curitiba: Juruá, 2009.

SANTOS, Cláudia. Um crime, dois conflitos – e a questão revisitada do “roubo do conflito” pelo Estado. In: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. 2007. ano 17, n. 3, v. 2.

_____. *A Justiça Restaurativa – Um modelo de reacção ao crime diferente da Justiça Penal: porquê, para quê e como?* Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

SICA, Leonardo. *Justiça restaurativa e mediação penal: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

SILVA, João Miranda. *A responsabilidade do Estado diante da vítima criminal*. Brasil: JH Mizuno, 2004.

SILVEIRA, Vladimir Oliveira; ROCASOLANO, Maria Mendez. *Direitos Humanos: conceito, significados e funções*, São Paulo: Saraiva, 2010.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. La persona humana como sujeto del derecho internacional: avances de su capacidad jurídica internacional em la primera década del siglo XXI. In: *Revista IIDH*. v. 46, 2007.

ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça – justiça restaurativa*. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008.