

A legitimação para agir e a participação da vítima nos processos penais brasileiro e português: uma análise comparativa a partir dos recentes movimentos de reformas

The legitimacy to act and the participation of the victim in the Brazilian and Portuguese criminal process: a comparative analysis from the latest reform movements

João Porto Silvério Júnior*
Flaviane de Magalhães Barros**

Resumo

Neste texto, faz-se uma pequena reflexão acerca da legitimação para agir no Direito brasileiro e português, numa perspectiva comparativista de Michele Taruffo (2001), no paradigma do Estado Democrático de Direito (1988), do processo como procedimento em contraditório (FAZZALARI, 1994), da teoria do discurso do direito (HABERMAS, 2003) e do modelo constitucional de processo (ANDOLINA; VIGNERA, 1997). Apropriando-se dos marcos teóricos referidos, em especial do método comparativista de Taruffo, orientado pelas reformas processuais recentes, tanto no Brasil quanto em Portugal, foi possível identificar a tendência atual acerca da legitimação para agir em harmonia com a democracia. Para tanto, foram analisados os movimentos de reformas recentes

* João Porto Silvério Júnior: Doutorando em Direito Processual pela PUC-Minas. Mestre em Direito (Ciências Penais) pela UFG. Professor adjunto III da Universidade de Rio Verde. Membro do Conselho Editorial da Escola Superior do Ministério Público de Goiás. Membro da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais. Membro do GEPEC (Grupo de Estudos e Pesquisas Criminais). Promotor de Justiça/GO. Rio Verde – Goiás – Brasil. Email: portosilverio@uol.com.br

** Flaviane de Magalhães Barros: Doutora e mestre em Direito Processual – PUC Minas. Pós-doutora (CAPES) junto a Università degli studi di Roma TRE. Professora adjunta da PUC Minas. Professora da UIT. Membro do Conselho Científico do Instituto de Hermenêutica Jurídica/Seccional Minas Gerais. Advogada. Belo Horizonte – Minas Gerais – Brasil. Email: barros.flaviane@gmail.com

ocorridos em Portugal e no Brasil, dando-se ênfase a uma comparação em relação aos modelos processuais orientados pelos projetos culturais de cada país, deixando em segundo plano as regras específicas de cada ordenamento. O objetivo específico do presente estudo foi revisitar o instituto da legitimação para agir especificamente em relação ao papel da vítima no processo penal democrático. Para tanto, foi necessário rever a noção de “direito de ação”, aqui revigorada pela expressão “direito de acesso ao processo” como opção de terminologia mais adequada ao paradigma do Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Processo Penal. Legitimação. Vítima. Português. Brasileiro.

Abstract

In this text, a short reflection on the legitimation to act in the Brazilian and Portuguese Law is made, in a comparative perspective of Michele Taruffo (2001), of the paradigm of the Democratic State of Law (1988), of the process as an adversarial procedure (FAZZALARI, 1994), of the discourse theory of Law (HABERMAS, 2003) and of model of the constitutional process (ANDOLINA; VIGNERA, 1997). Concerning the theoretical milestone mentioned, in particular, Taruffo's comparativist method, guided by the recent procedural reforms, both in Brazil and in Portugal; it was possible to identify the current trend on the legitimation to act in harmony with democracy. To this end, the movements of recent reforms that occurred in Portugal and Brazil, with special emphasis on a comparison of procedural models lead by the cultural projects of each country, leaving for a second plan the specific rules of each jurisdiction. The specific aim of this study was to review the institute of the legitimation to act specifically on the role of the victim in the democratic criminal proceedings. Therefore, it was necessary to review the notion of “right to action”, here revived by the expression “right of access to the process” as an option of a more appropriate terminology to the paradigm of a democratic state of Law.

Keywords: Criminal Process. Legitimation. Victim. Portuguese. Brazilian.

Introdução

A intersubjetividade é uma característica que marca nossa sociedade pós-moderna. Por ser a sociedade complexa e plural, é imperioso que haja uma estrutura dialógica a possibilitar a integração

social. O Estado Democrático de Direito se apresenta como um projeto em constante construção que procura legitimar o poder estatal e viabilizar, através do direito, a pretensão de coesão social. É através do discurso do direito (HABERMAS, 2003) que o projeto democrático se apresenta como viável, já que os destinatários das normas jurídicas (os cidadãos, no sentido mais amplo) são protagonistas de sua criação (*Kreislauf* – ciclo de legitimação).

Como concretizar essa estrutura de legitimação, caracterizada pela interseção da autonomia privada com a pública, é o grande desafio da atualidade, e o processo constitucional se apresenta como um instituto democratizante que viabiliza a participação dos afetados na construção dos provimentos decisórios (FAZZALARI, 1994). A implementação do processo constitucional que possibilita a participação consciente dos afetados nas esferas de decisão passa pela questão da legitimação para agir. O estudo de tal instituto é de singular importância sob o paradigma do Estado Democrático de Direito exatamente porque legitima a participação daqueles que forem afetados pelos provimentos estatais. No campo do processo penal, a questão da legitimação para agir se apresenta como algo complexo, já que esse papel, na maioria dos casos,¹ é transferido ao Ministério Público, uma espécie de representante adequado.

O presente artigo busca analisar a questão da legitimação para agir e, conseqüentemente, o tratamento dado à vítima nos modelos processuais português e brasileiro, tendo como orientação as reformas ocorridas, respectivamente, em 2007 e 2008, incluindo o projeto de reforma do Código de Processo Penal, em tramitação no Congresso Nacional. A escolha do modelo processual português como referência comparativista é justificada tendo em vista que o Código de Processo Penal lusitano, de 1987, foi obra construída sob princípios democráticos, ao passo que o Código de Processo Penal brasileiro, de 1941, surgiu

¹ Nos crimes de “ação” penal pública.

como um produto fascista e ditatorial. Outra importante diferença entre os modelos em questão diz respeito às reformas empreendidas em 2007 em Portugal e em 2008 no Brasil, notadamente porque a primeira tratou de reformar um código processual nascido em plena democracia, ao contrário da segunda, que procurou reformar um código reconhecidamente fascista, adaptando-o à democracia pós-1988. Ainda se tornou eminentemente necessário analisar o projeto de reforma total do Código de Processo Penal brasileiro que está em tramitação no Congresso Nacional, tendo em vista que constitui a primeira tentativa tardia de elaboração da legislação processual penal sob o marco democrático de 1988.

Para atingir o objetivo, a presente pesquisa foi dividida em cinco partes. Inicialmente, foi apresentado um panorama das reformas portuguesa e brasileira. Na segunda parte, busca-se estudar o direito de acesso ao processo constitucionalizado e os institutos relacionados. Em seguida, abordam-se os fundamentos da legitimação para agir, bem como o papel da vítima no processo penal, dando-se enfoque na compreensão da vitimologia, sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. Na última parte, trata-se da legitimação para agir e a participação da vítima nos processos penais brasileiro e português a partir do movimento das reformas recentes, levando-se em conta o marco pós-democrático.

1 Panorama das reformas processuais penais no Brasil e em Portugal

Em 1987, entrou em vigor o Código de Processo Penal português, que sofreu uma ampla reforma em 2007, nos termos do Decreto-Lei nº 78/87 e da Lei nº 48/2007, respectivamente. Tanto a elaboração do Código quanto a reforma de 2007 seguiram as diretrizes da Lei nº 43/86, que fixou 81 critérios a revelarem o modelo processual que Portugal desejava assumir desde então. Inspirados na constituição democrática de 1976, com espírito socialista, o Código contemplou institutos e princípios do Estado Social de Direito, como a socialização do condenado, a conciliação, a transação e a oportunidade, afastando-se do ideário

liberal. O Código de Processo Penal português e, por consequência, a reforma de 2007² foram concebidos a partir de dois eixos fundamentais, quais sejam: a) distinção entre a grave criminalidade (tratamento mais rígido) e a pequena criminalidade (possibilidade de consenso, oportunidade, informalidade e celeridade); b) reconhecimento para a grave criminalidade da igualdade de armas (paridade de tratamento), com previsão da atuação do assistente de acusação (vítima ou representante legal), adotando o princípio acusatório temperado pela investigação (o juiz oficiosamente determina, em casos especiais, a produção da prova) para a descoberta da “verdade” ou para a “boa decisão”.³

É importante dizer que o Ministério Público português não possui independência, mas possui autonomia para atuar e é responsável pelo inquérito e pela dedução da acusação. Para deduzir a acusação, o magistrado do Ministério Público precisa fundamentar sua decisão, que toma forma de despacho.⁴ A vítima participa no processo penal como assistente de acusação, podendo aderir à imputação do Ministério Público ou imputar acrescentando outro(s) fato(s), desde que não resulte em alteração substancial da imputação ministerial. A vítima também deduz a acusação nos casos de crimes particulares (crimes de “ação” penal privada). Ainda como parte civil, a vítima pode habilitar-se no processo e fazer pedido de indenização civil pelos danos causados pelo crime. Pelo modelo processual adotado, é facilmente perceptível que a opção pela busca da “verdade”, alçada à categoria de verdadeiro dogma no modelo português, bem como a finalidade de dotar o juiz de elementos bastantes para uma “boa decisão”, credencia a atuação do

² Em Portugal, a Assembleia da República autoriza, por lei, o Governo a elaborar um Código de Processo Penal, fixando as diretrizes que devem ser seguidas, conforme um projeto cultural.

³ No modelo processual penal português, a questão da busca da “verdade” foi erigida praticamente ao status de dogma, já que não reconhece o direito do arguido (acusado) de mentir nem calar a verdade durante o interrogatório, e estabelece como função do magistrado do Ministério Público colaborar com o tribunal na descoberta da verdade.

⁴ “Art. 97. Actos decisórios. 1-2 -.... 3 – Os actos decisórios do Ministério Público tomam a forma de despachos”.

assistente como uma espécie de fiscalizador e cooperador da missão do Ministério Público.⁵

O modelo processual português optou por privilegiar a fase de preparação do procedimento, possibilitando uma eventual resolução antecipada (na pequena criminalidade), bem como por prever outra fase destinada à colheita das provas e julgamento (adoção dos princípios da concentração e da oralidade). O processo penal português compreende o inquérito (de responsabilidade do Ministério Público), a dedução da acusação pelo Ministério Público⁶ ou vítima, a instrução facultativa, o procedimento ordinário,⁷ e três espécies de procedimentos especiais: sumário, abreviado e sumaríssimo.

A instrução foi tratada como uma forma de confirmação da decisão do magistrado do Ministério Público em deduzir a acusação ou promover o arquivamento do inquérito. Tem caráter facultativo e somente o arguido ou o assistente de acusação pode requerê-la. Na verdade, a instrução é um incidente processual e não é cabível nos procedimentos especiais. Tais características revelam que Portugal adotou, em sintonia com seu projeto cultural, um verdadeiro modelo estrutural, mesclando institutos

⁵ “Art. 53. Posição e atribuições do Ministério Público no processo. 1 – Compete ao Ministério Público, no processo penal, colaborar com o tribunal na descoberta da verdade e na realização do direito, obedecendo em todas as intervenções processuais a critérios de estrita objectividade”.

⁶ Em Portugal, o Magistrado do Ministério Público é autoridade judiciária e profere decisão sob a forma de despachos, como é o caso da decisão de deduzir a acusação. Como decisão que é, a dedução da acusação deve ser fundamentada.

⁷ O procedimento ordinário se constitui em: inquérito presidido pelo Ministério Público; dedução da acusação pelo Ministério Público (deve ser fundamentada) ou assistente de acusação; se não houver pedido de instrução feito pelo assistente de acusação ou pelo arguido, o presidente do tribunal se pronuncia sobre questões de nulidade e outras que possam impedir o conhecimento do mérito, recebe a acusação e designa audiência de julgamento, ou pode rejeitar a acusação se for manifestamente infundada (artigo 311, n. 3), ou rejeitar a acusação do assistente ou do Ministério Público na parte que constituir alteração substancial dos fatos; audiência de julgamento designada para o prazo de dois meses; notificação dos afetados pelo julgamento com trinta dias de antecedência à data da audiência; contestação do arguido no prazo de vinte dias a partir da notificação da audiência, podendo arrolar testemunhas, peritos e consultores técnicos; audiência de julgamento – declarações do arguido, apresentação dos meios de provas indicados pelo Ministério Público, assistente de acusação e lesado civil, apresentação dos meios de provas indicados pelo arguido e pelo responsável civil, alegações orais em uma hora, réplica em vinte minutos, oportunidade para últimas declarações do arguido, e decisão pelo tribunal a ser lida pelo presidente ou outro juiz.

de *Common Law* e *Civil Law*. Conforme entende Taruffo (2001), não se pode mais admitir como critérios de diferenciação os sistemas baseados na *Common Law* e na *Civil Law*. Há, na atualidade, uma tendência de mesclagem dos institutos dos sistemas tradicionais, numa verdadeira circulação dos modelos. Para o referido autor:

Mentre viene meno l'apparente chiarezza dei due modelli e dalla loro distinzione, il panorama degli ordinamenti processuali attuali cambia profondamente anche a causa dell'emersione e della crescente importanza di tendenze che non possono più essere ricondotte entro la statica classificazione di ogni singolo sistema processuale come 'di common law', di 'civil law' o 'misto'. (TARUFFO, 2001, p. 42)

É exatamente isso que se verifica ao analisar o modelo processual português, que adota institutos característicos de ambos os sistemas processuais tradicionais. Daí porque é salutar identificar o “projeto cultural” de Portugal, a fim de nos revelar diante de qual modelo processual, segundo o marco teórico de Taruffo (2001), está a se estudar. É na Autorização Legislativa, materializada pela Lei nº 43/86, que se extrai qual o projeto cultural português vem sendo construído com a elaboração do código de 1987, com a reforma de 2007 e, recentemente, com o monitoramento da reforma.

A partir da reforma de 2007, foi instituída uma comissão para o acompanhamento da reforma e elaboração de relatórios, com o fim de verificar o funcionamento dos órgãos e institutos da área de justiça criminal. A razão do monitoramento é constatar o que está, de fato, funcionando e o que precisa ser modificado ou mantido para efeito de reformas futuras. Um modelo processual está em constante construção, pois precisa estar aproximado da realidade que quer representar. Assim, um critério importante para tecer uma análise comparativa acerca dos modelos processuais português e brasileiro é revelado pelo monitoramento da reforma, que foi minuciosamente efetivado por Portugal. Tal monitoramento aproxima a realidade com o modelo proposto segundo as diretrizes prefixadas. Conforme ensina Taruffo (2001, p. 29):

la costruzione dei modelli (uso apposta questo termine per sottolineare che il modello non esiste in natura, ma viene – appunto – costruito) non può essere arbitraria, se vuole tendere a rappresentare oggetti effettivamente esistenti, ma è comunque opera di colui che studia ed analizza uno o più ordinamenti, e dalla conoscenza di essi trae i “tipi ideali” che appaiono idonei a rappresentare i tratti essenziali di questi ordinamenti. Naturalmente quanto più un modello è approssimato allà realtà che vuole rappresentare, tanto maggiore sarà la sua capacità euristica e la sua utilità come strumento di analisi.

Por tal razão, o que Portugal vem fazendo em termos de elaboração de um código em 1987, reforma em 2007 e monitoramento dessa reforma nada mais é senão a construção de um modelo processual segundo um projeto cultural, ou seja, baseado o mais próximo possível da realidade. Por tal razão, e por ainda manter o embolorado inquérito na estrutura do processo penal, o modelo português apresenta um bom critério para comparação com o “modelo brasileiro”.

Em relação ao Brasil, o Código de Processo Penal entrou em vigor no dia 1º de janeiro de 1942, tendo sido elaborado num ambiente ditatorial fascista, em que o interesse social se sobrepuja ao individual.⁹ O referido código sofreu algumas alterações pontuais ao longo dos anos que se seguiram, tendo ocorrido uma reforma mais substancial em junho de 2008, representada pelas Leis nº 11.689/08 (modificou a sistemática das provas), nº 11.690/08 (modificou o procedimento do júri) e nº 11.719/08 (modificou os procedimentos ordinário, sumário e sumaríssimo). Essa reforma parcial de 2008 procurou adequar um código fascista ao paradigma do Estado Democrático de Direito de 1988, adequando procedimentos e nomenclatura a fim de possibilitar sua sobrevivência. Tal missão se tornou impossível, haja vista que

⁹ De acordo com a exposição de motivos do Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 3.689/1941) “urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre a tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum”.

seria necessária uma reforma total do Código de Processo Penal, inteiramente sob o marco democrático pós-1988. O que se verificou foi uma inaplicabilidade da reforma, especialmente no que se refere aos procedimentos. Por se tratar de uma reforma parcial de um código elaborado num momento em que os direitos individuais estavam em segundo plano (1941), não há possibilidade de êxito pela total falta de coesão com o novo paradigma do Estado Democrático de Direito.

Em relação à legitimidade para agir no processo penal, um ponto da reforma parcial de 2008 gerou discussões. Trata-se da redação do artigo 156, inciso I, do código em vigor, que possibilita ao juiz de ofício ordenar, mesmo antes de iniciar a “ação” penal, a produção antecipada de provas entendidas como urgentes e relevantes. Esse dispositivo está diretamente em contradição com o que prevê a titularidade ao Ministério Público do exercício da ação penal pública – artigo 129, inciso I da Constituição de 1988. A aplicação do artigo 156, inciso I, do Código de Processo Penal brasileiro contraria ainda o sistema acusatório, que prevê autoridades distintas para o exercício das funções de acusar, defender e julgar. O juiz que se antecipa produzindo provas antes mesmo do órgão legitimado constitucionalmente ao processo não somente exerce o papel de acusador como também decide primeiro e depois produz a prova para justificar sua escolha.

Com a total desarmonia entre a reforma de junho de 2008 e o “projeto cultural” brasileiro identificável com a constitucionalização do direito que se inicia em 1988, além da constatação de que a reforma deveria ser total, naquele mesmo ano foi instituída uma comissão de juristas responsáveis pela elaboração de um anteprojeto de reforma total do Código de Processo Penal.⁹ O anteprojeto foi finalizado em 2009

⁹ Comissão criada na forma do Requerimento nº 227, de 2008, aditado pelos requerimentos nº 751 e 794, de 2008, de autoria do Senador Renato Casagrande, e designada pelos Atos do Presidente nº 11, 17 e 18, de 2008. Comissão composta por: Hamilton Carvalhido (Coordenador), Eugênio Pacelli de Oliveira (Relator), Antonio Correa, Antonio Magalhães Gomes Filho, Fabiano Augusto Martins Silveira, Felix Valois Coelho Júnior, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Sandro Torres Avelar e Tito Souza do Amaral.

e está em trâmite no Congresso Nacional. Não houve monitoramento da reforma feita nesse ano, nem mesmo tempo havia para isso, pois a comissão foi criada logo após a reforma de 2008.

Muito embora não tenha havido monitoramento, a comissão, ciente da resistência da prática judicial à reforma de 2008, bem como da necessidade da elaboração de um código em conformidade com a nova ordem jurídica democrática, procurou se inspirar em outros “projetos culturais” em desenvolvimento, em especial no modelo em construção português, nos modelos italiano, alemão e espanhol, conforme exposição de motivos do anteprojeto. Houve uma opção pela observância mínima dos direitos e das garantias fundamentais previstos na Constituição de 1988. Segundo a exposição de motivos:

as garantias individuais não são favores do Estado. A sua observância, ao contrário, é exigência indeclinável para o Estado. Nas mais variadas concepções teóricas a respeito do Estado Democrático de Direito, o reconhecimento e a afirmação dos direitos fundamentais aparecem como um verdadeiro núcleo dogmático. O garantismo, quando conseqüente, surge como pauta mínima de tal modelo de Estado.¹⁰

O modelo processual escolhido pelo projeto guarda semelhança, em vários aspectos, com o modelo português, notadamente em relação ao tratamento diferenciado entre a pequena e a grande criminalidade. Outra inspiração lusitana foi a previsão das garantias por parte do juiz, guardadas as devidas proporções com o juiz de instrução português. A ideia brasileira é preservar ao máximo o distanciamento do julgador em relação aos elementos que sirvam de embasamento para a pretensão de qualquer das partes. Observa-se, sobretudo, uma preocupação do anteprojeto em propiciar que a decisão judicial seja fundada no mais

¹⁰ Anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal. Comissão de juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal. Brasília: Senado Federal, 2009, p. 15.

amplo possível conhecimento, garantindo que o ato de julgamento seja obra de colaboração também das partes, e não obra única e solitária de uma autoridade (insinua uma negativa ao solipsismo do juiz).

Um verdadeiro estatuto da vítima foi inserido no corpo do Código, dando-lhe um papel de fiscalizador/controlador da atuação do Ministério Público (possibilita a vítima acionar o controle do arquivamento do inquérito policial, à guisa da possibilidade de propositura da ação penal privada subsidiária da pública, prevista constitucionalmente) e, ao mesmo tempo, reinserindo-a no contexto da participação processual dos afetados nos termos propostos por Fazzalari (1992).

É digno de nota que o projeto do Código de Processo Penal previu a redução do espectro interventivo do Direito Penal e do processo penal, abrindo espaço para um modelo restaurativo da instância penal, conforme se verifica na exposição de motivos. Deu-se enfoque à reparação dos danos e à conciliação dos envolvidos, em especial nos crimes patrimoniais. Quanto à disciplina do procedimento sumário, houve uma opção pelo rito de imediata aplicação de pena mínima ou reduzida aquém do limite legal quando tiver lugar a confissão, desde que haja um ajuste entre as partes. A sumariedade do rito dá lugar à solução final e célere do processo. Por fim, as medidas acautelatórias receberam diretrizes de quatro ordens: convergência para o princípio constitucional da presunção de não culpabilidade; obediência à estrutura básica do modelo acusatório; respeito ao princípio da proporcionalidade da medida cautelar, como desdobramento lógico do Estado Democrático de Direito e do devido processo legal; respeito ao princípio da razoável duração do processo, ao estipular prazo máximo para a prisão preventiva.¹¹

De tudo que se extrai ao ler as diretrizes que guiaram a comissão de juristas na elaboração do anteprojeto do Código de Processo Penal brasileiro, pode-se dizer que o modelo processual brasileiro se

¹¹ Estabelece uma faixa de prazo para os crimes com pena privativa de liberdade inferior a doze anos e outra para crimes com penas iguais ou superiores a tal valor.

aproxima da modalidade estrutural, com um projeto cultural inspirado na Constituição de 1988 e nas experiências portuguesa, italiana, alemã e espanhola.

O Brasil não adotou a prática de monitorar as reformas parciais feitas antes ou depois da Constituição de 1988. Sem um monitoramento adequado, com pesquisa detalhada e confecção de relatórios, como Portugal fez após a reforma de 2007, fica difícil imaginar se, sendo aprovado o texto do novo Código, ele, de fato, será aplicado. Somente se, após a aprovação do Código, for instituída uma comissão de monitoramento poder-se-á falar em construção de um modelo processual brasileiro baseado num projeto cultural democrático, o qual estará em constante construção, já que a sociedade não fica estacionada no tempo. Sem um mapa acerca do funcionamento do sistema criminal, qualquer reforma tenderá a ser culturalmente autoritária e não encontrará ressonância na comunidade jurídica dos aplicadores (advogados, juízes, promotores). A melhor opção é a do legislador culto, conforme sugere Taruffo (2001, p. 43), para quem:

Naturalmente cio dipende dalla cultura del legislatore ‘colto’ avrà le informazioni necessarie per operare scelte migliori sul mercato delle idee relative alla giustizia civile, alle sue finalità e agli strumenti per conseguirle, mentre um legislatore ‘ignorante’ (di cui si danno vari esempi, in particolare in Itália) tenderà ad essere culturalmente autarchico, e quindi a ritenere che il singolo sistema processuale nazionale possa essere riformato solo dall’interno della sua particolare e provinciale cultura.

O contato com o modelo processual português revela a importância do papel dado à vítima, pois a coloca na condição de agente colaborador e fiscalizador da atividade do magistrado do Ministério Público (busca da “verdade”), nos crimes públicos e semipúblicos, e como parte processual nos crimes particulares. Portanto, fica em sintonia com o paradigma do Estado Democrático de Direito e com a perspectiva teórica discursiva do direito de Habermas (2003), na qual a autonomia privada se retroalimenta na autonomia pública (*Kreislauf*).

O atual Código de Processo Penal brasileiro (reformado em 2008) não prevê o espaço necessário para a participação da vítima no processo penal, conforme o paradigma do Estado Democrático de Direito de 1988.

Antes de adentrar no aspecto de verificação da legitimação e do tratamento da participação da vítima nos processos penais português e brasileiro, é imperioso revisitar alguns conceitos sobre institutos relacionados ao direito de acesso ao processo, ou seja, direito de “ação” e a consequente legitimação para agir, afim de que se possa compreender a razão da titularidade atribuída ao Ministério Público, tanto no Brasil quanto em Portugal, em sede de crimes da ação penal pública e a necessidade de garantia de espaço para a participação da vítima, sob o paradigma do Estado Democrático de Direito.

2 Considerações acerca do direito de acesso ao processo constitucionalizado

Seguindo o marco do Estado Democrático de Direito, na modernidade, foram incluídos nas Constituições dos respectivos Estados vários princípios denominados fundamentais, que se desdobram em direitos fundamentais e garantias fundamentais. Na década de 70, essa estrutura principiológica recebeu a nomenclatura de “processo constitucional” por José Alfredo de Oliveira Baracho (1977) e foi consagrada como “modelo constitucional de processo” por Andolina e Vignera (1997).

Na Constituição Brasileira de 1988, a referida estrutura principiológica que dá moldura ao processo constitucional está disciplinada, prioritariamente, no artigo 5º. Dentre os princípios ali inseridos, destacam-se: o direito de acesso ao processo (denominado pelos relacionistas como direito de ação), a garantia do devido processo constitucional, a garantia do contraditório (com os consequentes direitos a não surpresa e direito à influência), a garantia da ampla argumentação (BARROS, 2009) e a garantia da fundamentação das decisões.

A expressão “acesso ao processo” ou “legitimação ao provimento” (FAZZALARI, 1994) se apresenta como mais adequada para consagrar o direito das partes ao provimento, participando da sua construção em simétrica paridade de tratamento e em contraditório, a fim de se ter a garantia do devido processo constitucional, verdadeiro espaço dialogal discursivo-argumentativo, no qual todos os afetados terão asseguradas as oportunidades de ampla argumentação. O termo “direito de ação” não foi aqui utilizado por carregar heranças pandectistas e instrumentalistas (DINAMARCO, 2005), tendo em vista que pressupõe uma ideia que não se alinha com o paradigma democrático, sob os marcos teóricos habermasiano e fazzalariano.

O direito de acesso ao processo se constitui como direito fundamental, já que o processo constitucional é “metodologia de garantia dos direitos fundamentais” (BARACHO, 2008).

A concepção acerca desse direito de acesso ao processo tem sofrido alterações, quer se trate de um paradigma instrumentalista, que tem como base a relação jurídica, quer se trate de um paradigma procedimentalista (HABERMAS, 2003), que pressupõe situações jurídicas. Sob o marco instrumentalista, um sujeito tem poder sobre outro desde que este último tenha violado um direito subjetivo do primeiro. No paradigma do Estado Democrático de Direito (procedimentalista), não é possível imaginar-se que alguém tenha poder sobre outrem. Numa democracia, o poder está disciplinado e legitimado pela participação discursiva dos sujeitos de direito. Sob a concepção habermasiana e fazzalariana, a produção jurídica (construção de provimentos finais, sejam eles legislativos, administrativos, arbitrais ou jurisdicionais) deve estar fixada por um processo legítimo, ou seja, com espaço dialogal discursivo-argumentativo, no qual deve haver simétrica paridade de tratamento entre as partes que atuam em contraditório e a garantia da ampla argumentação por parte dos envolvidos (potencialmente afetados pelo provimento).

Assim, sob o paradigma do Estado Democrático de Direito e apropriando-se dos marcos teóricos de Habermas e Fazzalari, o direito

de acesso ao processo não combina com subordinação de um indivíduo ao “poder” do outro. Segundo Habermas (2003, p.145):

Parto da circunstância de que o princípio da democracia destina-se a amarrar um procedimento de normatização legítima do direito. Ele significa, com efeito, que somente podem pretender validade legítima leis jurídicas capazes de encontrar o assentimento de todos os parceiros do direito, num processo jurídico de normatização discursiva. O princípio da democracia explica, noutros termos, o sentido performativo da prática de autodeterminação de membros do direito que se reconhecem mutuamente como membros iguais e livres de uma associação estabelecida livremente.

Tal princípio de participação discursiva na construção de qualquer provimento que venha a afetar determinada pessoa faz com que não possa haver restrições ao canal legitimador de espaço público dialogal previsto na Constituição, qual seja, o direito de acesso ao processo (direito de ação, para os instrumentalistas – DINAMARCO, 2005). Conforme leciona Fazzalari (1994, p. 83), a estrutura do processo:

Consiste nella partecipazione dei destinatari degli effetti dell'atto finale alla fase preparatoria del medesimo; nella simmetrica parità delle loro posizioni; nella mutua implicazione delle loro attività [...] insomma, 'processo' quando in una o più fasi dell'iter di formazione di un atto è contemplata la partecipazione non solo – ed ovviamente – del suo autore, ma anche dei destinatari dei suoi effetti, in contraddittorio, in modo che costoro possano svolgere attività di cui l'autore dell'atto deve tener em conto.

Ao considerar o processo como um procedimento em contraditório, no qual as partes dele participam em simétrica paridade de tratamento e contribuem para a construção do provimento final, bem como que estão legitimados a participar aqueles a quem o ato final puder produzir efeitos, a concepção instrumentalista acerca do “direito de ação” deve ser reformulada.

Segundo o entendimento fazzalariano, o direito de ação é uma situação subjetiva composta, compreendendo uma série de faculdades,

direitos e deveres que cada parte possui durante o desenvolvimento do processo, em busca do provimento final. Todos os afetados pelo provimento possuem direito de ação, sendo, por tal motivo, compreendido como legitimação ao provimento ou “direito ao processo constitucionalmente garantido” (BARROS, 2009, p. 20).

Não somente a expressão “direito de ação” deve ser lida sob o marco fazzalariano de direito ao processo, como também o próprio conceito de ampla defesa (espécie de direito subjetivo de “uma” parte que deve ser revisitado como garantia de ampla argumentação “das partes”). Nessa perspectiva, por apropriação da teoria da argumentação jurídica de Klaus Günther, é possível atribuir-se à garantia constitucional da ampla defesa uma releitura como “ampla argumentação”, tendo acesso a tal garantia não somente aquele “contra” quem a ação foi proposta, mas todos os afetados pelo provimento final, inclusive o autor da ação. Assim, a ampla defesa se tornaria ampla argumentação das partes, e não um direito de “uma” das partes. (BARROS, 2009, p. 20-21).

O exercício desse direito de acesso ao processo pode se tornar algo complexo à luz de uma concepção de Estado Social, ambiente gestor de uma mudança da forma de atuar da política, na qual a lei deixa de ser um mero comando abstrato e passa a ser instrumento de concretização estatal positiva. O individualismo clássico do Estado Liberal cede espaço para a consagração de garantias coletivas, numa busca de “bem-estar social”. Para uma nova maneira de vislumbrar as questões envolvendo os “novos direitos coletivos”, não somente o Estado, mas a ciência jurídica necessitou repensar os conceitos jurídicos tradicionais.

Conforme já mencionado, considerando-se o direito de ação como direito de acesso ao processo nos moldes pensados por Andolina e Vignera (1997, p.64):

Ed infatti, assistito com'è da una forza primaria perché di rango costituzionale, il diritto di azione (variante terminologica della più corretta espressione 'diritto alla tutela jurisdictionale')

*è in grado altresì di condizionare l'organizzazione tecnica del processo, influenzando sulla disciplina positiva (sub-costituzionale) del suo svolgimento.*¹²

Assim, é imperioso dizer que a organização técnica do processo passa pela questão relacionada à legitimação para agir. A partir de um paradigma democrático, no qual os sujeitos potencialmente afetados pelo provimento estatal estarão legitimados a participar em condições de igualdade e isonomia, fica incompatível qualquer ideia de regramento ou condicionamento (“condições da ação”) a nível infraconstitucional, conforme ainda insistem os instrumentalistas (DINAMARCO, 2005), fundados num sistema dualista – direito subjetivo e relação processual. Como o direito de acesso ao processo é utilizado para a garantia de direitos ameaçados ou violados, não há sentido lógico haver limitação ao seu exercício no marco pós-1988. Portanto, apropriando-se da concepção fazzalariana (direito de ação como legitimação ao processo por todos os afetados), no marco do Estado Democrático de Direito, o direito de acesso ao processo constitucional será de todos aqueles que tiverem ou afirmarem ter um direito ameaçado ou violado e forem afetados pelo provimento que se pleiteia.

3 A legitimação para agir no paradigma do Estado Democrático de Direito

A legitimação para agir pode ser definida como a aptidão que alguém possui para exercitar o direito de acesso ao processo, ou seja, o direito de alguém participar do processo como titulares de faculdades, direitos, deveres e ônus. O instituto da legitimação tem relação com a qualidade pessoal do sujeito que, *in funzione di giudice, di ausiliari di lui, di parti, possono o debbono partecipare al processo dato* (FAZZALARI,

¹² De fato, auxiliado como é por uma força primária, porque de nível constitucional, o direito de ação (variante terminológica da mais correta expressão “direito à tutela jurisdicional”) está em situação da mesma forma de condicionar a organização técnica do processo, influenciando sobre a disciplina positiva (infraconstitucional) do seu desenvolvimento. (Tradução livre)

1994, p. 313). Segundo a concepção fazzalariana, é correto afirmar que tanto as partes quanto o juiz possuem legitimação para agir. Em relação às partes, haverá legitimação para agir toda vez que ocorrer situação fática geradora de ameaça ou violação a direito. Quanto ao juiz, dependendo do provimento que lhe é requerido é que se extrai a legitimação para participar do processo, ou seja, se o provimento requerido está incluído na competência do juízo, haverá legitimação. Assim, também é correto falar-se em legitimação para agir em relação aos órgãos auxiliares do juiz, desde que ele esteja autorizado a participar do processo.

Não obstante a coerência da necessidade de se admitir a participação de todos os afetados pelo provimento, ou seja, que todos os sujeitos atingidos pelo provimento estejam legitimados a agir, em certos ordenamentos, o legislador seleciona “um” representante adequado para atuar no lugar daquele que é afetado diretamente pelo provimento. No Estado Democrático de Direito, a melhor solução para a questão da legitimação para agir deve ser o tratamento ampliativo, ou seja, todos aqueles que, por ventura, foram afetados pelo provimento que se almeja devem ter direito de participar, devem ter direito de acesso ao processo.

Em relação à legitimação para agir, vários estudiosos da ciência processual procuraram dar um tratamento adequado ao instituto. Para Chiovenda (1935, p. 96), a legitimidade para agir seria uma condição da ação. Redenti (1911, p. 297) acreditava que a legitimidade não se tratava nem de condição da ação nem de pressuposto processual, mas de uma condição para obtenção de sentença procedente, uma verdadeira condição para uma decisão de mérito. Segundo Sata (1954, p. 177), a legitimidade para agir estaria intimamente ligada ao próprio direito material. Hellwig (1912, p. 161) construiu o conceito de *Prozessführungsrecht* como equivalente processual à legitimação material (*Sachlegitimation*), que seria uma espécie de poder para discutir a pretensão (*Anspruch*) judicialmente pelas partes corretas, exatas (*richtige Parteien*). Liebman (1957, p. 144) entendia a legitimidade de agir como uma condição da ação, chegando a concluir que não haveria o exercício do direito de ação se não houvesse a legitimidade.

Contudo, foi Elio Fazzalari (1994) quem, de fato, construiu um alicerce sobre a questão da legitimação para agir em sintonia com o paradigma do Estado Democrático de Direito e é esse o marco teórico para o estudo que aqui se faz. Fazzalari (1994) revisita o conceito de “ação” partindo da legitimação para agir, situação que não pode ser compreendida apenas à luz do autor da “ação”, mas em virtude de todos os interessados sujeitos do processo, inclusive o juiz. O núcleo diferenciador da visão fazzalarina está na concepção da situação legitimante e da situação legitimada. Segundo Fazzalari (1994, p.314):

Chiamamo 'situazione legitimante' il punto di aggancio della legittimazione ad agire, fuor di metafora la situazione in base allá quale si determina qual'è il soggetto che, in concreto, può e deve compiere um certo atto, e 'situazione legittimata', il potere, o la facoltà, o il dovere – o uma serie dei medesimi – che, di conseguenza, viene a spettare al soggetto individuato, val dire in contenuto della legittimazione, ciò in cui essa consiste.

Para Fazzalari (1994), a legitimação para agir de todos os protagonistas do processo é ativa, inclusive a do juiz. Todos os protagonistas do processo estão legitimados ao procedimento. Conforme completa o referido autor:

Non può, invece, omologarsi il vecchio asunto che, nel processo, l'attore sai munito di legittimazione attiva e il convenuto di legittimazione passiva: la legittimazione ad agire di tutti i protagonisti del processo è attiva. [...] in questo caso si dirá che il giudice e lê parti sono, allá fine, risultati privi di legittimazione al provvedimento, cioè, rispettivamente, ad emetterlo ed a riceverne gli effetti. (FAZZALARI, 1994, p. 325)

A diferenciação que Fazzalari (1994, p. 325) faz entre situação legitimante e legitimada possibilita concluir que a primeira é quando o sujeito pode e deve cumprir determinado ato, ou seja, a ocorrência de um fato da vida que decorra de um direito ou de uma obrigação. A segunda é considerada um complexo de direitos, faculdades, deveres e ônus que

cada sujeito (partes, juiz e auxiliares) possui durante o desenvolvimento do processo, em busca do provimento final.

Esses atos que a lei processual determina aos sujeitos que estejam em situação legitimante constituem a situação legitimada – posições subjetivas compostas (faculdades, poderes, deveres) – e recebem o nome de “ação”. Já a série de deveres do sujeito processual é indicada com o nome de função. De acordo com Fazzalari (1994, p. 430- 443)

dalla valutazione normativa degli atti: così per l'attore' nel processo civile, come per il 'convenuto' e per l'interventore', si profila una 'posizione soggettiva composita' costituita dalle facoltà, dai poteri, dai doveri di ciascuno; per il giudice, si configura un'altrettale posizione, consistente nella serie dei i lui doveri.

La posizione compósita che fa capo allá parte bem può indicarsi col nome 'azione'; quella che fa capo al giudice (o ad um suo ausiliare) col nome di 'funzione'.

Desse modo, pode-se concluir, com Fazzalari (1994), que a legitimação se desdobra em situação legitimante e situação legitimada, e é da situação legitimante que se extraem os critérios para desvendar quem são os legitimados e sujeitos do processo, sendo impróprio dizer que há legitimação ativa e passiva, haja vista que a legitimação para agir é sempre ativa e de todos os sujeitos do processo. Como introdutor da doutrina de Fazzalari (1994) no Brasil, Aroldo Plínio Gonçalves (1992, p. 152) afirma:

Enquanto a situação legitimante é contemplada como aquela em presença da qual um poder, uma faculdade ou um dever são conferidos ao sujeito, a situação legitimada consiste em uma série de poderes, faculdades, deveres, que se põem como expectativa para cada um dos sujeitos do processo.

A noção de situação legitimante de Fazzalari (1994), ou seja, o ponto de contato entre a legitimação para agir e a situação na base da qual se determina qual é o sujeito que pode e deve cumprir determinado

ato (exercício do direito de acesso ao processo), pressupõe a possibilidade de acesso ao processo penal não somente ao Ministério Público – a quem é constitucionalmente conferida a titularidade de tal direito – mas à própria vítima. A forma pela qual se dará a articulação da titularidade do direito de acesso ao processo com a participação da vítima no processo penal é o desafio que se apresenta, a fim de conciliar a técnica processual com o marco do Estado Democrático de Direito. Na sequência, será analisada a referida articulação entre a legitimação para agir e a participação da vítima no processo penal.

4 A legitimação para agir e a participação da vítima no processo penal

A questão da participação da vítima no processo penal pode ser visualizada, historicamente, em três fases: fase protagonista; fase de neutralização; e fase de redescoberta (BARROS, 2008, p. 3). Na primeira fase, a vítima atua como protagonista no processo penal, podendo ser compreendida como “época da vingança privada”, na qual a vingança da vítima ou de um parente seu retribuía o mal causado pelo crime. Mesmo num segundo momento, com o surgimento da justiça privada, pode-se dizer que a vítima continua legitimada à resolução do problema causado pelo crime, contudo, há um balizamento a ser seguido, ou seja, uma forma de controlar a desproporção da vingança. Tal disciplina é encontrada na regra do “olho por olho, dente por dente”. A interferência da estrutura da justiça privada impôs limitações na forma de atuação da vingança e significou uma tendência rumo à neutralização da vítima

A fase de neutralização da vítima coincide com o momento de fundação dos Estados Nacionais, ou seja, o momento de transição da estrutura feudal de pulverização do poder para a concentração do poder na figura do monarca. Conforme afirma Barros (2008, p. 11):

Com o Estado Nacional, portanto, passa-se a coibir a luta entre as partes. Os indivíduos, protagonistas do litígio penal, não poderão mais resolvê-lo sozinhos. Será necessária a intervenção do poder real, por intermédio de seus juizes,

que representam o Rei em sua ubiquidade, de modo que o delito, antes de atingir a vítima, atinge primeiro a pessoa do soberano. A vítima passa a ser estigmatizada, pois seu único interesse é a vingança.

A definição de crime vai além do dano causado à vítima e se transmuda em ato contra a vontade do soberano, corporificada na lei. O crime afeta, primeiramente, o soberano, através da violação da lei, ficando a vítima alijada do processo penal. No auge da fase de neutralização da vítima, observou-se a expropriação do conflito penal, sendo a vítima substituída pela atuação dos juízes nos sistemas inquisitivos, ou pela atuação dos procuradores do rei nos sistemas acusatórios. O soberano interfere através dos seus juízes ou procuradores e, conforme Foucault (2002, p. 41):

A intervenção do soberano não é, portanto, uma arbitragem entre dois adversários; é mesmo muito mais que uma ação para fazer respeitar os direitos de cada um; é uma réplica direta àquele que a ofendeu [...]. O castigo então não pode ser identificado nem medido como reparação do dano; deve haver sempre na punição pelo menos uma parte, que é a do príncipe; e mesmo quando se combina com a reparação prevista, ela constitui o elemento mais importante da liquidação penal do crime. Ora, essa parte que toca ao príncipe, em si mesma, não é simples: ela implica, por um lado, na reparação do prejuízo que foi trazido ao reino (a desordem instaurada, o mau exemplo dado, são prejuízos consideráveis que não têm comparação como o que é sofrido por um particular); mas implica também em que o rei procure a vingança de uma afronta feita à sua pessoa.

Mesmo depois que os reformadores iluministas do século XVIII, dos quais Beccaria é o mais ilustre, passaram a criticar o uso do suplício, tendo a situação do direito de punir ficado insustentável diante da compreensão de contrato social, no qual o indivíduo abre mão de certos direitos em prol da tutela de outros mais importantes pelo Estado, continuou-se o alijamento da vítima do processo penal. Ela permaneceu excluída do conflito, sob o paradigma do Estado de Direito,

numa perspectiva liberal (separação das funções estatais em legislativa, executiva e judicial, bem como a previsão de direitos fundamentais individuais). Conforme afirma Barros (2008, p. 16-17).

Essa estrutura, que expropria o conflito, que cria uma superparte, foi sendo inserida nas teorias do Direito Penal e do processo penal. [...] os estudos penais fundam-se na teoria do delito, compreendida em seus três elementos constituídos: fato típico, ilícito e culpável, em que não há qualquer análise do crime sob o enfoque da vítima.

Acrescente-se que, sob o paradigma do Estado Social, surgido diante da tensão entre o formalismo do Estado Liberal e a crescente demanda por direitos sociais, o papel do Estado assume novos contornos. Ele sai da neutralidade e passa a agente conformador de políticas públicas garantidoras de bem-estar social. Talvez seja durante esse momento histórico que a vítima é substituída pelos juizes e promotores dublês solipsistas, partidários da teoria da relação jurídica processual.

A fase de redescoberta da vítima, ocorrida precipuamente após a Segunda Guerra Mundial, surge com o interesse da Criminologia em estudar o fenômeno da Vitimologia. Passa-se a aceitar o crime como um acontecimento normal da sociedade, que precisa apenas controlá-lo. Deu-se especial destaque ao estudo da vítima e, segundo Barros (2008, p. 6):

A partir da mudança do paradigma da excepcionalidade, para incluir o crime como fato normal da sociedade, esvaziando assim as teorias lombrosianas do *uomo delinquente*, e a preocupação com a prevenção do crime, com seu controle social e com a vítima, alguns autores, como García-Pablos de Molina e, no Brasil, Luis Flávio Gomes, passaram a reivindicar o reconhecimento da Vitimologia como um ramo próprio da Criminologia, tendo como foco o estudo da vítima de um delito.

É nesse cenário de redescoberta da vítima que o paradigma do Estado Democrático de Direito, introdutor dos denominados direitos

difusos (meio ambiente, consumidor, patrimônio histórico, cultural e paisagístico, dentre outros), fornece novos elementos referenciais ao papel da vítima no processo penal. Passa a haver uma cobrança e fiscalização ao Estado por parte da sociedade civil, nascendo o que serviu de núcleo do paradigma em questão, qual seja, a relação entre a esfera pública e privada. Por tal razão, a teoria do discurso do direito de Habermas (2003) constitui um dos marcos utilizados no presente estudo para justificar a estrutura de participação necessária da vítima no processo penal. Conforme Barros (2008, p. 27):

Significa isso a compreensão de um direito participativo, em que a sociedade civil exerce importante papel controlador e conformador do Estado, pluralista, respeitando os diversos matizes sociais, na busca da implantação de direitos, quer de primeira, segunda ou terceira geração, visto como um complexo de direitos e garantias que não podem ser aplicados em separado.

A participação dos indivíduos e a relação entre autonomia pública e privada numa democracia, segundo Habermas (2003, v. I, p. 157-158), significa que:

A ideia da autolegislação de civis exige que os que estão submetidos ao direito, na qualidade de destinatários, possam entender-se também enquanto autores do direito. [...] Por isso, o princípio da democracia só pode aparecer como núcleo de um sistema de direitos. A gênese lógica desses direitos forma um processo circular, no qual o código do direito e o mecanismo para a produção de direito legítimo, portanto, o princípio da democracia, se constituem de modo *co-originário*.

Esse *kreislauf* da autonomia pública com a autonomia privada, mencionado por Habermas, é que garante a todos os indivíduos, através do discurso, um sistema de direitos que lhes dá proteção jurídica, na medida em que são ouvidos e tratados como iguais perante a lei.

É nessa perspectiva que se pretende readmitir a vítima no processo penal como sujeito processual que será afetado pela decisão

final. Não se pretende, sob o paradigma do Estado Democrático de Direito, imaginar a vítima como parte legitimada a dar início ao processo nos moldes da sua fase protagonista, mas como sujeito processual que tem direitos, obrigações, faculdades e ônus, deixando de ser mero colaborador e fiscalizador da função estatal – função entregue, atualmente, ao Ministério Público, tanto no Brasil quanto em Portugal. Conforme Barros (2008, p. 41):

demonstra-se patente que na compreensão do Estado Democrático de Direito, no qual se prevê o direito constitucional ao processo, conforme disposto no art. 5º, XXXVI, da Constituição de 1988, não há espaço para qualquer entendimento de que a vítima não possa participar do processo penal como sujeito de direitos, em virtude da garantia do devido processo legal, da igual proteção jurídica e do contraditório, porque é afetada pela decisão jurisdicional.

Assim, qualquer entendimento que afaste a participação da vítima no processo penal e não a considere como sujeito de direitos diretamente afetado com a decisão final estará divorciado do paradigma do Estado Democrático de Direito. Mesmo na hipótese remota de se imaginar que, como há um legitimado adequado ao processo penal (Ministério Público nos crimes de “ação” penal pública), a vítima não esteja legitimada ativamente ao processo, haveria o que Fazzalari (1994, p. 324) denomina de legitimação passiva ao provimento jurisdicional:

La legittimazione del giudice ad emanare il provvedimento giurisdizionale, come fase ultima della di lui legittimazione. Tale fase può indicarsi, lo si è accennato, come ‘legittimazione al provvedimento giurisdizionale’, per distinguerla dalla pregressa legittimazione ad agire (‘legittimazione al process’ (42)), e vede l’è parti in posizione passiva, in quanto ad esse viene imposto il provvedimento.

É importante ficar claro que, no atual marco democrático, a participação da vítima no processo penal é vista como direito fundamental e deve ser garantida pelo Estado, não guardando similitude com a fase

protagonista da vítima, denominada de “idade de ouro”. Trata-se de uma nova forma de participação, seja como titular do “direito de ação” ou como sujeito processual colaborador e fiscalizador da atividade do Ministério Público. Desse modo, “não se trata de mero redescobrimto da vítima, decorrente da idade de ouro, mas de uma nova definição da vítima, compreendida a partir de sua autonomia pública e privada” (BARROS, 2008, p. 45).

A necessidade de se garantir a liberdade do indivíduo e assegurar-lhe o direito de participar e ter acesso às informações sobre o processo que poderá afetá-lo significa dizer que a legitimação para exercê-lo deve coincidir com quem seja afetado pelo provimento (a vítima e a parte civil, por uma questão fática; o Ministério Público por uma questão constitucional e legal). A legitimação para a dedução da acusação a um órgão como o Ministério Público não pressupõe que deva haver a expropriação do conflito. É perfeitamente possível e viável ter um órgão estatal com atribuição da acusação penal e garantir a participação da vítima material no processo (direito de acesso ao processo). Tal participação pode ser garantida com a previsão constitucional do direito de propor “ação” privada subsidiária da pública quando da inércia do órgão oficial. Ou pode ser garantida a participação da vítima como assistente de acusação do Ministério Público.

A determinação da legitimação do Ministério Público no processo penal tem fundamento na Constituição Brasileira de 1988 e está lastreada no paradigma do Estado Democrático de Direito, notadamente porque ao Ministério Público também foi prevista a função de defesa da ordem jurídica e do regime democrático. É essa, também, a conclusão a que chega Barros (2008, p.65):

Cremos que a legitimação do Ministério Público no processo penal advém, primeiramente, das atribuições que esta Instituição detém no Estado Democrático de Direito na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, e da determinação expressa no texto constitucional, em seu art. 129, I, de que o Ministério Público é o titular exclusivo da ação penal.

No Estado Democrático de Direito, a legitimação do Ministério Público não advém da expropriação do conflito, consequência não da proibição da justiça privada, mas sim da formação co-originária entre autonomia pública e autonomia privada, já que uma das categorias de direitos formadoras do código jurídico é justamente o direito fundamental à tutela jurisdicional.

É por tal motivo que, em alguns casos, a titularidade do exercício do direito de acesso ao processo vem atribuída à vítima, como nas hipóteses de crimes de ação penal privada¹³ (crimes cujo direito de “ação” é privativo da vítima), situações que não afetariam com a magnitude necessária a ordem jurídica, a justificar a titularidade de um órgão estatal como o Ministério Público (nos crimes cujo direito de “ação” seja de iniciativa pública). Importante dizer que, mesmo nas hipóteses de titularidade da vítima (crimes de “ação” privada), o Ministério Público atua como sujeito processual, exercendo função de defesa da ordem jurídica e do regime democrático.

Diante do reconhecimento da necessidade de se garantir a participação da vítima no processo penal, no próximo tópico, será analisado o acesso da vítima ao processo penal a partir das reformas processuais ocorridas em Portugal (2007) e no Brasil (2008), além do projeto de reforma total do Código de Processo Penal brasileiro em tramitação no Congresso Nacional.

5 A legitimação para agir e a participação da vítima nos processos penais português e brasileiro a partir das reformas recentes (2007, 2008 e o projeto de código brasileiro em tramitação)

Conforme já acentuado, o marco comparativista do presente estudo se baseia numa análise das reformas recentemente ocorridas (a reforma

¹³ Atualmente, há uma tendência em restringir ou até mesmo acabar com a denominada “ação” penal privada, como é o caso do projeto de Código de Processo Penal em tramitação no Congresso Nacional – artigo 45.

parcial de 2007, em Portugal; a reforma parcial do Código de Processo Penal brasileiro, em 2008; e a reforma total em fase de efetivação pelo projeto de Código de Processo Penal no Brasil). Importante mencionar que tanto Brasil (Constituição de 1988) quanto Portugal (Constituição de 1976) são Estados estruturados sob o paradigma democrático. Assim, por opção do legislador constituinte no Brasil e do legislador infraconstitucional em Portugal, o Ministério Público foi o órgão estatal a quem se atribuiu a função de acusação penal.

Segundo o modelo processual português, baseado no Código de Processo Penal de 1987 e na reforma de 2007, apesar de haver a legitimação do Ministério Público para deduzir a acusação penal, a vítima, constituindo-se em assistente, também está legitimada a acusar, aderindo à acusação ministerial, acusando por outros fatos, desde que não representem alteração substancial daqueles deduzidos pelo órgão oficial. Como assistente, também pode requerer a abertura de instrução, a fim de verificar se correta a decisão do Ministério Público que não tenha deduzido acusação (promovendo arquivamento) ou que não tenha acusado (quando há dedução de acusação parcial pelo órgão oficial). No processo penal português, ela atua como agente controlador e colaborador do Ministério Público. É agente controlador quando acusa por fatos não deduzidos ou requer a instrução; é colaborador quando adere à acusação formulada pelo Ministério Público e fornece elementos fáticos para a descoberta da “verdade” e para a “boa decisão”.

A vítima também participa, no processo penal português, na qualidade de parte civil. Considera-se parte civil quem sofreu lesão civil em virtude da ação criminosa. Portanto, no modelo português, não somente a vítima é parte civil, mas qualquer pessoa que tiver sido afetada (sofrido prejuízo) pelo ato criminoso. O pedido de indenização civil fundado na prática de um crime é deduzido no processo penal, podendo ser deduzido no juízo civil somente em determinadas hipóteses (artigo 72, do Código de Processo Penal português). A intervenção processual do lesado (parte civil) se restringe à sustentação e à prova do pedido de indenização civil, competindo-lhe os direitos que a lei confere aos assistentes. O lesado pode fazer-se representar por advogado, sendo obrigatória a representação quando a lei civil exigir.

Cumprido mencionar que o princípio do contraditório recebe um destaque singular no modelo processual português, notadamente porque impõe a aplicação do contraditório a todos os atos processuais, conforme determina o artigo 327 do Código Processual lusitano. Assim, o modelo processual penal português está em sintonia com o modelo constitucional de processo (ANDOLINA; VIGNERA, 1997), com a teoria do discurso do direito (HABERMAS, 2003), e com a teoria do processo como procedimento em contraditório, no qual são considerados interessados (sujeitos processuais) todos aqueles que, potencialmente, forem afetados pelo provimento final (FAZZALARI, 1994).

Em relação ao modelo processual brasileiro, sendo o Código de Processo um produto fascista de 1941, embora tenha entrado em vigor a Constituição de 1988 e havido a reforma de 2008, o tratamento acerca da legitimidade e participação da vítima continua a desafiar o paradigma do Estado Democrático de Direito. Tal problemática se perpetua em razão de a reforma ter sido parcial e mantido raízes pandectistas da concepção de processo como relação jurídica entre as partes, bem como da imperiosa expropriação do “conflito” pelo Estado, que preconcebe a vítima como uma pessoa interessada apenas na vingança. No modelo atual, a vítima continua neutralizada, sendo o Ministério Público um duplê que atua em seu lugar. Foi tímida a tentativa de resolução do prejuízo causado à vítima no mesmo juízo penal, notadamente porque determinou ao juiz arbitrar o valor da indenização por dano causado pelo ilícito, valor que pode ser discutido pela vítima no juízo cível.

Aliás, a regra do artigo 387, IV, do Código de Processo Penal brasileiro não explicita a necessidade de aplicação do contraditório nem de pedido de indenização (pelo Ministério Público ou pela vítima silenciada) para que o juiz possa condenar pelo dano. A omissão legislativa não significa que ele possa condenar à reparação pelo dano sem contraditório e sem pedido da parte autora, ferindo o princípio da correlação entre pedido e sentença, e tratando a reparação do dano como uma “pena acessória” à prisão (BARROS, 2009). Contudo, como dito, foi resultado da alteração de um código autoritário e se apresentou

de forma tímida, sem aplicabilidade satisfatória. Segundo entende Barros (2009, p. 8):

A reforma pontual, que ora se efetiva, é um produto da escola teórica do instrumentalismo do processo, fortemente influenciada pela socialização do processo, que teve no Projeto Florença de Acesso à Justiça, dirigido por Mauro Cappelletti, um importante marco. [...] O que se difere na reforma do processo penal é que, além de propor a simplificação procedimental e outras medidas que visam celeridade e eficiência, ela possui um objetivo a mais, que é introduzir na legislação processual penal conteúdos garantistas (FERRAJOLI, 2002), e para tanto toma como base as garantias dos investigados e acusados previstas na Constituição da República.

O problema é que se pretende uma legislação processual penal garantista, mas fundada em um juiz penal garantidor, nos termos do paradigma social, e não em um processo que se funda na participação dos afetados (partes) com iguais possibilidades de influência, argumentação e construção participada da decisão, adequado, portanto, ao Estado Democrático de Direito.

O Código de Processo Penal brasileiro continua a ser aplicado, mesmo fora de sintonia com o paradigma do Estado Democrático de Direito, não apenas porque a vítima é desconsiderada e sobrevivimizada¹⁴, mas porque continua a imperar a figura do juiz *selbstsürtiger*, justiceiro e gestor da prova, construtor solitário e dotado de um suposto saber jurídico ao qual somente ele teria acesso.

Um passo foi dado logo depois da entrada em vigor da reforma de 2008, quando foi criada uma comissão para elaboração de um

¹⁴ A sobrevivimização, também entendida como vitimização secundária, decorre da atuação dos órgãos estatais e dos demais responsáveis pelo controle social, desde policiais e servidores aos juizes e promotores de justiça, que desconsideram a vontade da vítima e os seus direitos decorrentes da prática de determinado crime, fazendo com que se potencialize os efeitos da vitimização. A sobrevivimização é mais preocupante que a própria vitimização, haja vista que é gerada pelos órgãos encarregados de evitá-la.

anteprojeto de Código de Processo Penal diante do esfacelamento do código existente. A comissão tratou de se inspirar em modelos de processo que já apresentam um resultado satisfatório sob o marco democrático. O modelo português foi bastante considerado, sobretudo no que se refere à participação da vítima no processo penal. O mérito do projeto (já em trâmite oficial no Congresso Nacional) foi considerá-la sujeito do processo (título IV, “dos sujeitos do processo”; capítulo IV, “da intervenção civil”; seção I, “do assistente”; seção II, “da parte civil”; e no título V, “dos direitos da vítima”). A disciplina do assistente de acusação em nada evoluiu, já que a comissão apenas reproduz a redação do atual e autoritário Código de Processo Penal, não prevendo, por exemplo, a possibilidade de recurso quando não admitida a assistência, o que reduz ainda mais sua possibilidade de interpor recurso autonomamente (BARROS, 2010).

Em relação à disciplina da parte civil, o projeto inovou ao evoluir do sistema da separação (artigos 63 e 64 do Código de Processo Penal) para o da cumulação facultativa (artigo 79 do projeto em tramitação no Congresso Nacional). No Código de Processo Penal atual, em relação à reparação do dano, adota-se o sistema da independência, com algumas especificidades:

- a) A sentença penal condenatória é título executivo judicial;
- b) A composição do dano, em que as questões penal e civil são decididas em conjunto nos crimes de menor potencial ofensivo;
- c) com a reforma parcial de 2008, a sentença condenatória deve definir o valor da reparação do dano. Tal disposição é uma excrescência frente aos princípios do contraditório, da ampla defesa e da correlação entre pedido e sentença.

O projeto de Código de Processo Penal propõe a adoção do novo modelo de reparação do dano decorrente de ilícito penal. A inclusão do pedido de reparação de dano no processo penal é denominada sistema da comunhão. Essa sistemática é diametralmente oposta à adotada no Código atual. Dentre as possíveis formas de comunhão, distingue-se entre a possibilidade de cumulação obrigatória, em que o pedido de

indenização somará ao de condenação penal, e a cumulação facultativa, em que a vítima pode optar entre ingressar com o pedido no processo penal ou apresentá-lo isoladamente no processo civil. Em termos de legislação comparada, a legislação portuguesa adota o sistema da cumulação obrigatória, com algumas exceções, em que se admite o processo civil isolado, e o *Codice de Procedura Penale* italiano prevê a cumulação facultativa (BARROS, 2010, p. 323-324).

Pelo novo sistema previsto pelo projeto, há determinação de notificação da vítima para, querendo, formular o pedido de reparação do dano tão logo tenha sido oferecida a inicial acusatória. Isso está em sintonia com o paradigma democrático.

Certamente, o desgaste do processo penal não se dá apenas para o acusado, apesar de ele ser o grande afetado; a vítima também pode ser sobrevivimizada. Ademais, a repercussão penal de determinado fato não é o ponto central da divergência entre os protagonistas do fato – autor e vítima. Logo, em muitos casos, garantir a retomada do diálogo entre eles é uma solução muito mais adequada do que aplicar uma pena privativa de liberdade. Assim, a adoção da composição do dano como uma forma de extinção da punibilidade em determinados crimes, em que se conjuga a solução penal e a civil, é importante em uma perspectiva de solução integral do caso. Para isso, é necessário respeitar as garantias da vítima, em especial seu consentimento informado.

O projeto amplia a possibilidade de conciliação entre autor do fato e vítima para além dos crimes de menor potencial ofensivo, que possuem procedimento específico com uma fase consensual. Estabelece o art.46, § 3º do projeto, a possibilidade de conciliação nos crimes falimentares e patrimoniais sem violência ou grave ameaça, com a consequente reparação do dano.

Assim, se, por um lado, a vítima perde espaço pelo fim da ação penal privada, por outro, permite-se que ela participe de uma fase consensual que pode gerar uma rápida e efetiva reparação do dano, com a solução da questão penal. Possibilita, inclusive, o retorno do diálogo entre os sujeitos (autor do fato e vítima) ou mesmo uma solução

menos gravosa e efetiva. Pode, dessa maneira, evitar hipóteses de sobrevivitização (BARROS, 2010, p. 327-328).

Talvez a parte mais significativa tenha sido a introdução de uma verdadeira “carta de direitos” da vítima (artigos 88 a 90 do projeto), em cumprimento à Declaração de Princípios de Justiça da Vítima de Crimes e Abuso de Poder, adotada na 96ª sessão plenária da ONU, em 29 de novembro de 1995. No artigo 89 do projeto, nada menos que 16 direitos são assegurados à vítima, podendo ser destacados: o tratamento com dignidade e respeito condizentes com sua situação; ser comunicada da prisão ou soltura do suposto autor do crime, da conclusão do inquérito policial, do oferecimento da denúncia, do arquivamento da investigação (para exercer o direito de submeter a matéria à apreciação do órgão de revisão do Ministério Público), da condenação ou absolvição do acusado; ser orientada ao exercício oportuno do direito de representação, da ação penal subsidiária da pública, de ação civil por danos morais e materiais, da adesão civil à ação penal; ser ouvida antes das testemunhas; peticionar acerca do andamento do inquérito ou processo penal; intervir no processo penal como assistente do Ministério Público ou como parte civil; receber proteção especial do Estado quando tiver sido ameaçada ou correr risco de morte pela colaboração com a investigação ou com o processo penal; dentre outros direitos. Até mesmo outras pessoas atingidas pelo ato criminoso terão acesso aos direitos da vítima, nos termos do artigo 90 do projeto.

Tais direitos, previstos no projeto do código de processo penal brasileiro, se aprovados, promoverão o resgate da disciplina legal da participação da vítima no sistema processual brasileiro, embora todo o tratamento sugerido já possa e deva ser concretizado, com fundamento numa interpretação adequada do texto constitucional de 1988. Isso porque, no art. 89 do Projeto de Lei, há uma declaração de verdadeiro compromisso com a não sobrevivitização da vítima pelo processo penal, de modo que se garantem direitos à informação, assistência, intimidade, integridade, restituição patrimonial e proteção de sua integridade física e mental, além do direito à reparação do dano e à participação no

processo penal (BARROS, 2010, p. 327). Nesse sentido, afirma Barros (2008, p. 207):

Devemos ressaltar que a interpretação constitucionalmente adequada que foi realizada no presente trabalho não visa oferecer sugestões de *lege ferenda*, pois são aplicáveis de imediato, haja vista que se constitui na interpretação adequada do modelo constitucional do processo, a partir da noção de expansividade, perfectibilidade e variabilidade adotada no esquema geral de processo.

Não precisamos simplesmente mudar a lei, propor soluções de *lege ferenda*, mas principalmente garantir a interpretação constitucionalmente adequada e a eficácia imediata das garantias constitucionais como prevista no art. 5º, § 1º, da Constituição da República.

Mesmo que não seja promovida a disciplina infraconstitucional da participação da vítima no processo penal brasileiro, a questão da reparação do dano é direito fundamental da vítima, previsto pela Constituição do Brasil no artigo 5º, inciso XLV. Também em obediência ao processo constitucional, devem ser garantidos à vítima os mesmos direitos individuais do acusado, como o direito ao silêncio, a não produzir prova contra si e o direito à intimidade (BARROS, 2008, p. 207). Em suma, deve a vítima ser reconhecida como sujeito contraditor no processo penal, que possui direitos, ônus, faculdades e deveres.

Conclusão

Diante do panorama das reformas portuguesa e brasileira, verifica-se que Portugal vem construindo seu modelo processual, baseado num projeto cultural que vem sendo monitorado a partir do movimento das reformas implantadas, inclusive mediante a instituição da comissão de monitoramento, a fim de verificar o que está em sintonia com o projeto escolhido. Sinaliza que um modelo processual nunca está pronto e acabado, ao contrário, está em constante mutação, notadamente porque reflete a movimentação da sociedade rica e plural.

Em relação ao estágio de construção do modelo processual brasileiro, sendo aprovado o texto apresentado ao Congresso Nacional pela comissão de juristas, ter-se-á um modelo de processo penal mais próximo do paradigma do Estado Democrático de Direito, principalmente em relação à legitimação para agir e à participação da vítima e dos demais afetados pelo ato delituoso. Cabe, ainda, salientar que, embora o projeto acabe com a “ação” penal privativa do ofendido, passando a admitir somente “ação” penal pública, há uma ampliação do papel participativo da vítima e da parte civil (interessados potencialmente atingidos com o provimento final).

Pelo texto do projeto, a vítima atuará não somente como controlador do Ministério Público, quando propõe “ação” penal privada subsidiária da pública ou quando não concorda com o arquivamento do inquérito policial e submete a matéria à revisão da instância competente do órgão ministerial,¹⁵ mas como colaborador do órgão ministerial. Isso permite ao assistente propor meios de prova, requerer perguntas às testemunhas e ao acusado, participar do debate oral e escrito, arrazoar recursos interpostos pelo Ministério Público ou por ele próprio quando for caso de absolvição sumária, impronúncia ou extinção da punibilidade.

Portanto, a reforma parcial brasileira de 2008 não poderia produzir os resultados esperados por ter sido feita a partir de um código de processo de linhas ditatoriais. A reforma total que está sendo proposta e se encontra em tramitação no Congresso Nacional cumpre uma recomendação da ONU de reexaminar periodicamente a legislação e as práticas em vigor, com vista a adaptá-las à evolução das situações. A referida reforma total guarda, também, certa similitude com o modelo processual português, notadamente porque parte da ideia de construção de um modelo com base num projeto cultural que tem como paradigma o Estado Democrático de Direito e que se funda na participação dos afetados, numa interseção entre a autonomia pública e a privada.

¹⁵ Artigo 38, § 1º, do projeto de Código de Processo Penal.

É preciso aproveitar o momento, o tempo kairológico que se apresenta para a aprovação do modelo processual penal brasileiro e iniciar o que Portugal já colocou em curso – a construção de um modelo processual baseado num projeto cultural. O momento oportuno talvez seja o presente, com a interseção entre o projeto cultural democrático de 1988 e a realidade existencial.

A construção do modelo processual penal pátrio vai depender da aprovação de um código que tenha como paradigma não somente o direito de participação democrática da vítima, mas que possibilite a expansividade, a perfectibilidade e a variabilidade, garanta a interseção da autonomia pública e da autonomia privada, e vislumbre o processo como um procedimento realizado em contraditório, em simétrica paridade de tratamento dos afetados, construtores e destinatários dos provimentos estatais.

Referências

ANDOLINA, Ítalo; VIGNERA, Giuseppe. **I fondamentali costituzionali della giustizia civile**: Il modello costituzionale del proceso civile italiano. 2. ed. ampliata ed aggiornata. Torino: G. Giappichelli, 1997.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito processual constitucional**: aspectos contemporâneos. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

BARROS, Flaviane de Magalhães. Direito das vítimas e sua participação no processo penal: a análise do PLS 156/2009 a partir de uma interpretação constitucional In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho. **O novo processo penal à luz da Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 321-332.

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

BARROS, Flaviane de Magalhães. **[Re]forma do processo penal**: comentários críticos dos artigos modificados pelas Leis n. 11.690/08, n. 11.719/08 e n. 11.900/09. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

BRETAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Istituzioni di diritto processuale civile**. 2. ed. Napoli: E. Jovene, 1935. t. I.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

FAZZALARI, Elio. **Istituzioni di diritto processuale**. 7. ed. Padova: CEDAM, 1994.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: AIDE, 1992.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. I.

HELLWIG, Konrad. **System des deutschen Zivilprozeßrechts**. Leipzig: A. Deichert'sche, 1912.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manuale di diritto processuale civile**. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1957. t. I.

MARRAMAO, Giacomo. **La passione del presente**. Torino: Bollati Boringhieri, 2008.

MONTESQUIEU, Charles de Scondat, Baron de. **O espírito das leis**. Tradução de Pedro Vieira Mota. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais**. Curitiba, PR: Juruá, 2009.

RENTI, Enrico. **Il giudizio civile con pluralità di parti**. Milano: Società Editrice Libreria, 1911.

SATTA, Salvatore. **Interesse ad agire e legittimazione: Il foro italiano**. Roma: Foro Italiano, 1954. pt. IV.

TARUFFO, Michele. Aspetti fondamentali del processo civile di civil law e di common law. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, v. 36, p. 27-48, 2001.

Recebido em: 14/03/2012

Aprovado em: 23/04/2012