



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
DOUTORADO EM DIREITO PÚBLICO**

OLÍVIO ALBINO CANFÃO

**REPARAÇÃO CIVIL *EX DELICTO* COMO FATOR RESTAURATIVO
PARA A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS
DA VÍTIMA DO DELITO REI**

Salvador - BA

2018

OLÍVIO ALBINO CANFÃO

**REPARAÇÃO CIVIL *EX DELICTO* COMO FATOR RESTAURATIVO
PARA A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS
DA VÍTIMA DO DELITO REI**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor em Direito, na Área de concentração em Direito Público, na Linha de Pesquisa Constituição, Estado e Direitos Fundamentais.

Orientador: Prof. Dr. Saulo José Casali Bahia.

Salvador - BA
2018

TERMO DE APROVAÇÃO

OLÍVIO ALBINO CANFÃO

REPARAÇÃO CIVIL *EX DELICTO* COMO FATOR RESTAURATIVO PARA A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA VÍTIMA DO DELITO REI

Tese aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor em Direito,
Universidade Federal da Bahia, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2018

Dedico o presente trabalho à memória
do meu pai Albino Canfão

AGRADECIMENTOS

De todas as pessoas que me auxiliaram na conclusão do presente trabalho, gostaria de deixar um agradecimento especial:

Inicialmente, a Deus, pois sem o vosso auxílio já mais teria alcançado uma etapa do meu desenvolvimento intelectual e acadêmico.

Ao Prof. Dr. Saulo José Casali Bahia, orientador desta tese, pelo apoio na consecução deste trabalho, realizando as correções necessárias, sugerindo importantes alterações; e, por me proporcionar a produtiva experiência de ter sido seu discente na turma de “Direitos Fundamentais e Direitos Humanos”, “Hermenêutica” e, como tirocinista, em “Temas Aprofundados de Direito Constitucional” do curso de Mestrado. Também agradeço pela gentileza de participar na banca examinadora do Mestrado.

Ao Prof. Dr. Sebastian Borges de Albuquerque Mello, agradeço pela gentileza de participar do exame de qualificação do presente trabalho e pela sua enriquecedora contribuição.

Ao Prof. Dr. Dirley da Cunha Júnior, por me proporcionar a produtiva experiência de ter sido seu discente na turma de “Direitos Fundamentais e Direitos Humanos” do curso de Doutorado. Também agradeço pela gentileza de participar do exame de qualificação do presente trabalho e pela sua enriquecedora contribuição.

Ao Prof. Dr. Rodolfo Pamplona Filho, por me proporcionar a produtiva experiência de ter sido seu discente na turma de “Metodologia da Pesquisa Científica” do curso de Mestrado; Também agradeço pela orientação e publicação dos meus artigos acadêmicos.

À Secretaria Acadêmica do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, especialmente, a Maria Angélica Santana e Luiza Luz Castro, por terem desempenhado, de maneira admirável, a difícil tarefa de me orientar desde a recepção e a conclusão do curso.

À bibliotecária Adriana Oliveira Tourinho de Sá, do Ministério Público do Estado da Bahia, pelo apoio que me tem dado durante a pesquisa e a realização deste trabalho.

A todos os colegas de classe, com quem pude dividir minhas adaptações, dificuldades e alegrias durante o curso.

Aos meus amigos e colegas estudantes estrangeiros e, em especial, ao Professor Dr. Augusto Cardoso, com quem, de certa forma, compartilhei adaptações, integração social, lazer, dentre outros.

Aos meus familiares, pelo apoio em todos os anos da minha existência.

VERDADE

A porta da verdade estava aberta,
mas só deixava passar
meia pessoa de cada vez.

Assim não era possível atingir toda a verdade,
porque a meia pessoa que entrava
só trazia o perfil de meia verdade.
E sua segunda metade
voltava igualmente com meio perfil.
E os meios perfis não coincidiam.

Arrebentaram a porta. Derrubaram a porta.
Chegaram ao lugar luminoso
onde a verdade esplendia seus fogos.
Era dividida em metades
diferentes uma da outra.

Chegou-se a discutir qual a metade mais bela.
Nenhuma das duas era totalmente bela.
E carecia optar. Cada um optou conforme
seu capricho, sua ilusão, sua miopia.

Carlos Drummond de Andrade

RESUMO

O presente trabalho analisa a reparação civil *ex delicto* como fator restaurativo para a efetivação dos direitos fundamentais da vítima do Delito Rei. Parte-se do estudo do conteúdo concernente à vítima sujeito de direito e passivo do delito no Estado Democrático, à reparação civil *ex delicto* como fator restaurativo e como direito fundamental – uma vez que o contexto é, justamente, o da responsabilização e da efetivação dos direitos fundamentais da vítima. Após as análises, torna-se viável concluir que a vítima do Delito Rei é apenas o ser humano que suporta, de modo relevante, as consequências que emergem em decorrência do evento delituoso, que, além de nada contribuir para a sua materialidade, este lhe acarreta imensa diminuição em seu direito fundamental. O Delito Rei é conflito de interesses e vontades, assim sendo, somente quando curados os interesses e vontades de todos os envolvidos no conflito, é que a paz jurídica e social ficará restaurada, sendo essa restauração condição *sine qua non* para o retorno do autor do ilícito ao convívio social com maior segurança. A reparação civil *ex delicto* é o ressarcimento *in pecunia* feito por uma pessoa a outrem, para ressarcir-la pelos prejuízos que haja suportado em decorrência do delito, como forma de restaurar, dentro do possível, a sua vida saudável e digna ante o evento delituoso. A reparação civil *ex delicto* é um direito fundamental que tem por escopo a garantia de condições materiais mínimas indispensáveis, para que o cidadão vitimado necessitado possa desfrutar de uma vida saudável e digna, de igual modo aos demais partícipes da vida em comunhão.

Palavras-Chave: Reparação; Fator Restaurativo; Direito Fundamental.

ABSTRACT

The present work analyzes the civil reparation *ex delicto* as a restorative factor for the realization of the fundamental rights of the victim of the King's Crime. It is based on the study of the content concerning the subject and lawful victim of the crime in the Democratic State, the civil reparation *ex delicto* as a restorative factor and as a fundamental right - since the context is precisely that of the accountability and the effective fundamental rights of the victim. After the analysis, it is possible to conclude that the victim of the King Delict is only the human being who sustains, in a relevant way, the consequences that emerge as a result of the criminal event, which, besides contributing nothing to its materiality, this one entails an immense diminution in its fundamental right. The King's Delict is a conflict of interests and wills, so that only when the interests and desires of all those involved in the conflict are healed will legal and social peace be restored, and this restoration is a *sine qua non* for the return of the author to social interaction with greater security. Civil reparation is the compensation in pecunia made by one person to another, to reimburse it for the damages they have incurred as a result of the crime, as a way to restore, as far as possible, their healthy and dignified life before the criminal event. Civil reparation is a fundamental right that has as its objective the guarantee of indispensable minimum material conditions, so that the victimized citizen in need can enjoy a healthy and dignified life, as well as the other participants in life in communion.

Key Words: Repair; Restorative Factor; Fundamental right.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Ampl.	Ampliado
Art.	Artigo
BA	Estado da Bahia
CFB/88	Constituição Federal do Brasil de 1988
CPPB	Código de Processo Penal do Brasil
CPB	Código Penal do Brasil
CPGB	Código Penal da Guiné - Bissau
CPPGB	Código de Processo Penal da Guiné - Bissau
CRGB/1996	Constituição da República da Guiné – Bissau de 1996
Ed.	Edição
EU	União Europeia
LEPB	Lei de execução Penal do Brasil
ONU	Organização das Nações Unidas
Rev.	Revista
Trad.	Traduzido
UFBA	Universidade Federal da Bahia
Ver.	Verificável
Vol.	Volume

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	11
2. A VÍTIMA SUJEITO DE DIREITO E PASSIVO DO DELITO NO ESTADO DEMOCRÁTICO.....	15
2.1 Etimologia e conceito de vítima	15
2.2 <i>Status</i> de vítima ao longo da história.....	22
2.3 As diversas tipologias de vítima.....	29
2.4 A vítima no contexto sociotradicional da Guiné-Bissau.....	35
2.5 Vítima sujeito de direito e passivo do delito no Estado Democrático.....	48
3. MARCO NORMATIVO REFERENTE À VÍTIMA EM PERSPECTIVA COMPARADA	57
3.1 A vítima no âmbito da Organização das Nações Unidas – ONU.....	57
3.2 A vítima no âmbito da União Europeia – EU.....	63
3.3 A vítima no Ordenamento Jurídico-Penal Constitucional brasileiro.....	69
3.4 O Sistema Jurídico Penal da Tradição Islâmica e a pessoa da vítima	81
3.5 A Vítima no Ordenamento Jurídico Penal e Constitucional da Guiné-Bissau	89
4. REPARAÇÃO CIVIL <i>EX DELICTO</i> COMO FATOR RESTAURATIVO.....	106
4.1 A reparação civil <i>ex delicto</i> e sua natureza jurídica.....	106
4.2 A reparação civil <i>ex delicto</i> como corolário de uma vida digna.....	116
4.3 A reparação civil <i>ex delicto</i> e a materialização do direito justo.....	123
4.4 Reparar dano ao vitimado do Delito Rei: mina o Direito Penal?.....	133
4.5 A reparação civil <i>ex delicto</i> e a paz jurídica e social.....	140
5. REPARAÇÃO CIVIL <i>EX DELICTO</i> COMO DIREITO FUNDAMENTAL.....	153
5.1 A reparação civil <i>ex delicto</i> e o Direito Fundamental.....	153
5.2 A reparação civil <i>ex delicto</i> como mínimo existencial.....	161
5.3 A possibilidade de exigibilidade plena e imediata da reparação civil <i>ex delicto</i>	168
5.4 A inaplicabilidade da reserva do possível à reparação civil <i>ex delicto</i>	175
5.5 A necessidade de aplicabilidade da regra de proporcionalidade.....	184
6. CONCLUSÃO.....	194
7. REFERÊNCIAS.....	199

1. INTRODUÇÃO

A reparação civil *ex delicto* revela-se de vivo interesse nos meios jurídicos, políticos e sociais, sendo objeto de contínua discussão, principalmente no campo do saber jurídico penal moderno. Trata-se de um assunto vasto, complexo e controverso.

Vasto, pois seu conteúdo abrange diversas áreas do saber jurídico e, por isso, torna necessário restringi-lo a uma área e enfoque específico para que dela se faça um estudo credível. Complexo, haja vista que, no âmbito da doutrina jurídica penal moderna, inexistente um consenso quanto à sua aplicabilidade imediata ou direta. Essa controvérsia decorre, de um lado, pelo fato de muitos países que adotam o regime democrático não disporem de condições econômicas e financeiras para tornar exequível a reparação civil *ex delicto*. Por outro, porque a maioria dos réus, principalmente dos países periféricos, são sempre pessoas inabilitadas econômica e financeiramente para arcar com os custos de prejuízos que hajam causado às vítimas do delito. Sem perder de vista a inexistência de um consenso sobre o juízo no qual a ação da reparação civil *ex delicto* deve ser efetivada, entendendo alguns que a mesma deve ser no cível e outros no penal.

Essas e outras discussões são tão atuais, que nos impulsionam para o estudo da reparação civil *ex delicto* como fator restaurativo para a efetivação dos direitos fundamentais da vítima do Delito Rei. Pois acreditamos que esse estudo é indispensável para que se possa encontrar uma fórmula de gestão do conflito criminal capaz de se amoldar ao paradigma assente nos valores como os da inclusão, da paz jurídica e social, e da dignidade da pessoa humana, o qual pugna também pela responsabilização e efetivação dos direitos fundamentais de todos os envolvidos no conflito delituoso.

A escolha do presente tema emerge do fato de termos constatado que quase a maioria dos estudiosos que abordaram o assunto reparação civil *ex delicto*, em seus estudos escritos, o fizeram como se o instituto se reduzisse aos crimes de fraco potencial ofensivo e à relação entre o autor do delito, o Estado e a vítima titular do bem jurídico objeto penal tutelado lesado, excluindo-se dessa relação aqueles que suportam de forma mediata as consequências ou prejuízos emergentes em decorrência da materialidade do delito, fato esse que deflagra enorme *déficit* ao Direito Penal moderno em relação ao paradigma de gestão do conflito criminal emergente, assente nos valores como os da inclusão, da paz jurídica e social, e da dignidade da pessoa humana.

Essa é a razão por que esta proposta propõe demonstrar, através de fator restaurativo reparatório, que só reparando o delito cometido, indenizando ou assistindo a vítima ou seus familiares e dependentes necessitados de que dela depende para se manter, como forma de mitigar os prejuízos a eles causados pelo ato ilícito de terceiro, com valorização de todas as circunstâncias emergentes, se pode obter resposta eficaz ao fenômeno criminal em uma época de responsabilização e efetivação dos direitos fundamentais. Para efeito, a presente pesquisa estará dividida em quatro capítulos.

No primeiro, abordaremos a vítima sujeito de direito e passivo do delito no Estado Democrático. Com essa abordagem, pretendemos demonstrar que, em se tratando do Delito Rei, isto é, homicídio doloso consumado, no Estado que se diz Democrático, não se pode reduzir a vítima ao titular do bem objeto jurídico material lesado, o “morto”, mas a família e dependentes necessitados, os quais dependiam do falecido para se manter. Pois, esses além de nada contribuírem para a materialidade do delito, este lhes acarreta imensa diminuição em seus direitos fundamentais, como, por exemplo, uma existência condigna.

Dá também a necessidade de estes serem ouvidos durante o processo e de fornecerem elementos de prova, bem como de terem acesso às informações, não só sobre os resultados da investigação ou sobre o andamento do processo e a sentença, ou sobre os indultos e a libertação do infrator, mas, e principalmente, de serem reparados os danos, ainda que assistencialmente pelo Estado, como forma de mitigar o sofrimento, a dor da alma e restaurar, dentro do possível, a vida digna ante o evento delituoso.

No segundo, analisaremos marco normativo referente à vítima em perspectiva comparada. Com essa análise, pretendemos encontrar mecanismo jurídico-penais, os quais possam oferecer valiosa contribuição, para que o Poder Público da República da Guiné-Bissau, através da sua competência legislativa, produza uma norma em nível constitucional, reconhecendo à reparação civil *ex delicto* como direito fundamental das vítimas do Delito Rei e, conseqüentemente, amoldar o seu *persecutio* penal com o paradigma de gestão de conflito criminal emergente, assente nos valores como os da inclusão, da paz jurídico-social e da dignidade humana.

No terceiro, abordaremos a reparação civil *ex delicto* como fator restaurativo, onde se adentra definitivamente o foco central desta proposta. Pretende-se demonstrar, aqui, que a reparação civil *ex delicto* de que dispõem as vítimas do Delito Rei, decorre do ilícito penal em face de um bem jurídico penal, axiologicamente fundamental para a preservação da espécie

humana – “a vida”. Portanto, sua natureza jurídica é pública, pelo que seu *persecutio* deve se exaurir nesse âmbito, ou seja, no penal.

Demonstraremos, ainda, que a reparação civil *ex delicto* encontra sua materialidade no pressuposto ético da ordem jurídica universal da dignidade da pessoa humana, o qual funciona como limite e parâmetro para a atividade do Poder Público no Estado Democrático, e fundamenta a relação entre o Estado e o cidadão vítima necessitada.

Visa, precipuamente, tornar o Direito Penal mais humano, igualitário, seguro e justo, haja vista que passa a atender aos interesses de todos os envolvidos no conflito e abrir as portas para a pacificação jurídico-social.

No quarto, abordaremos a reparação civil *ex delicto* como direito fundamental. Demonstraremos que a compensação havida pelas vítimas do Delito Rei, por se tratar de um direito cuja fundamentalidade material se subentende nas normas dos direitos fundamentais e no pressuposto ético da dignidade da pessoa humana, é direito fundamental e não uma mera faculdade. Portanto, qualquer resposta jurídico-penal, ou interpretação produzida nesse âmbito, somente será legítima se tirar fundamento do princípio ético da dignidade da pessoa humana.

Demonstraremos, também, que o direito à reparação civil *ex delicto*, tal como todos os direitos fundamentais, é oponível *erga omnes*, inclusive em face do Poder Público, devendo este não somente proteger ou promover a sua máxima efetividade, mas remover os obstáculos que possam comprometer essa efetividade. Ademais, refere-se a um direito fundamental intimamente ligado à salvaguarda constitucional do mínimo existencial e tem por escopo a realização do direito à vida, de cuja dimensão sobressaem os direitos à alimentação, à integridade psicofísica e o da personalidade, cujo desfrute não se pode deferir em um momento posterior e, por isso mesmo, sequer pode ser contrastado por questões menores, como as da previsão orçamentária, senão deferir a sua aplicabilidade imediata.

Cumprir registrar, ainda, que a execução da presente proposta será baseada fundamentalmente na pesquisa documental e bibliográfica, da doutrina nacional e estrangeira. A pesquisa parte da consulta às principais fontes jurídicas formais e materiais, tais como a legislação em sentido amplo, nacional e estrangeira, tratados e declarações internacionais sobre os direitos da pessoa da vítima do delito.

Com a realização do presente trabalho, pretende-se encontrar uma fórmula jurídica de gestão do conflito criminal capaz de se amoldar não somente ao paradigma assente nos valores como os da inclusão, da paz jurídica e social, e da dignidade da pessoa humana, que

pugna pela responsabilização e efetivação dos direitos fundamentais, mas, e principalmente, que possibilita encontrar mecanismos jurídico-penais os quais possam deferir o transplante do instituto da reparação civil *ex delicto* na ordem jurídica constitucional da República da Guiné-Bissau, como direito fundamental do vitimado do Delito Rei ou de seus dependentes necessitados. Pois, cremos, somente com o reconhecimento da reparação civil *ex delicto* em nível constitucional, como um direito fundamental e mediante a sua aplicação imediata, é que a jurisdição oficial do Estado Guineense poderá absorver as costumeiras da matriz africana, sendo essa absorção condição *sine qua non* para inibir o recurso aos costumes contra lege, como a espiritualidade ou às prescrições da *Al Shar'ia*.

2. A VÍTIMA SUJEITO DE DIREITO E PASSIVO DO DELITO NO ESTADO DEMOCRÁTICO

2.1 Etimologia e conceito de vítima

Importa anotar, inicialmente, que a cada dia a vida nos impõe a determinados desafios socioculturais, os quais vão condicionar a nossa existência como seres humanos. Perante esses desafios, a humanidade vai descobrindo novos valores e objetivos a serem alcançados, sendo essas descobertas que acompanham a evolução da sociedade e pressupõem atualizações jurídicas.

O Direito Penal, entre as áreas de saber em função normativa, é o exemplo legítimo de acompanhamento das mudanças que operam no plano sociocultural, haja vista o seu escopo de tutelar os bens jurídicos axiologicamente fundamentais para a preservação da espécie humana, isto é, os bens ou valores intrínsecos ao ser humano, que por vezes são insubstituíveis como, por exemplo, a vida humana.

Portanto, qualquer conduta humana proibida pela norma penal, atentatória aos mais altos valores considerados fundamentais para a preservação da vida em comunhão constitui-se como um fato criminoso.

Resulta daí, também, o conceito do crime como uma conduta nociva contra um bem ou um interesse que diz respeito à esfera privada do particular, contra os interesses do Estado, haja vista a violação da norma penal, e contra os interesses da sociedade, normalmente representada pelo Estado, pois o crime, por si só, perturba a paz social.

Baseando-se nesse conceito de crime, ressaltam-se entre nós quatro elementos, sem os quais não há como se cogitar o crime: o Estado, a sociedade, a vítima e o autor do evento delituoso.

O Estado, porque o crime é uma ofensa em face de um bem ou de um interesse jurídico, objeto tutelado pela norma penal – aspecto formal; a sociedade, haja vista que o crime constitui o rompimento com a paz social – aspecto material; a vítima, devido ao fato de o crime se configurar como uma lesão em face do bem ou do interesse que diz respeito à sua esfera privada – aspecto material; e o infrator, por ser quem ofende os bens ou os interesses privados da vítima e a paz jurídico-social.

Chega-se, assim, ao conceito formal do crime como conduta humana proibida e reprimida pela Lei Penal, e contrária ao direito. Também o seu conceito material, como uma

conduta nociva que ofende o bem ou o interesse jurídico objeto tutelado pela norma penal ou constitucional cuja titularidade pertence normalmente ao ser humano.

O conceito analítico, porém, é uma descrição em partes dos elementos que compõem o crime em seu aspecto formal – o fato típico e antijurídico (ou ilícito). Senão, vejamos: o fato é típico, quando a conduta praticada pelo agente está ajustada à descrição do crime criada pelo legislador e prevista na lei penal. Fora dessa situação, a conduta é atípica e por isso não punida, pois inexistente dispositivo penal que o incrimine.

A conduta é antijurídica, quando se mostra contrária ao direito e não encontra uma causa que possa justificá-la como, por exemplo, o estado de necessidade e a legítima defesa. Já o fato culpável, Bettioli (1971)¹, é aquilo que se passa na mente do agente que pratica o crime descrito na lei penal como tal.

Diante do exposto, imprime-se a definição de crime como todo fato humano que, propositada ou descuidadamente, lesa ou põe em perigo de lesão os bens ou os interesses jurídicos objetos tutelados pela norma penal ou constitucional, considerados fundamentais para a preservação da vida condigna do ser humano e a paz jurídico-social.

Baseando nessa definição, reitera-se a percepção de que o fato criminoso pressupõe conduta contra o Estado, pela simples violação da norma penal positivada; a sociedade, normalmente representada pelo Estado, o que legitima seu monopólio da justiça criminal, o agente do delito e a vítima. É desta última, portanto, o foco principal do presente enfoque.

No que se refere à vítima, observa De plácido e Silva, que a expressão deriva-se do latim: *víctima*, “geralmente entende-se toda pessoa que é sacrificada em seus interesses, que sofre um dano ou é atingida por qualquer mal. E sem fugir ao sentido comum, na linguagem penal designa o sujeito passivo de um delito ou de uma contravenção, o prejudicado, o burlado”. (DE PLÁCIDO E SILVA, 2004, p. 1493). Nessa ótica, pode ser vítima tanto o ser humano que haja sofrido dano de qualquer natureza ou aquele que sofre dano oriundo do ato ilícito de terceiro qualificado como tal pela norma penal.

Nas lições de Antonio Scarance Fernandes (1995, p. 4)², a vítima é um ser não necessariamente humano que se submete ao sacrifício para evitar as desgraças ou a ira dos

¹ Giuseppe Bettioli. *Direito Penal*. Trad: Paulo José da Costa Júnior; e Alberto Silva Franco. Vol. II. - São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971, p. 112 -113. – “O elemento psicológico do crime pode apresentar-se como culpa [...] o delito é culposo ou contra a intenção quando o evento, ainda que previsto, não é querido pelo agente e se verifica em virtude de negligência, ou imprudência, ou imperícia, ou por inobservância de leis, regulamentos, ordens ou disciplinas”.

² Antonio Scarance Fernandes. *O papel da vítima no processo criminal*. São Paulo: Malheiros Editores, 1995, p. 4 – “O termo vítima teria sua origem no latim *vincere*, que significa atar, ligar, em referência aos animais

deuses. Reitera Elias Neuman: “*el concepto del vocábulo víctima apela a dos variedades. Vincire: animales que se sacrifican a los dioses y deidades, o bien, vincere, que representa el sujeto vencido [...].*” (NEUMAN, 1994, p. 27). Depois, Neuman (1994) rebate a conceituação mitológica, afirmando que a vítima que definitivamente interessa à vitimologia é o ser humano, pois somente ele sofre danos aos seus bens juridicamente protegidos.

Na mesma sintonia asseveram Juan Bustos Ramirez e Larrauri, que “*no hay duda de que se puede tener una consideración amplia de víctima, como la persona afectada por cualquier hecho (incendio, huracán, terremoto, separación, divorcio, etc.)*”. (RAMIREZ; LARRAURI, 1993, p. 8).

Nessa ordem de ideias, extraem-se três conceitos de vítimas: um mitológico, o geral e outro jurídico. Pelo conceito mitológico, a vítima é um ser não necessariamente humano que se submete ao sacrifício para evitar as desgraças ou a ira dos deuses. No plano geral, a vítima é todo ser humano que haja sofrido um dano de qualquer natureza: a vítima da conduta humana ou a de uma calamidade natural, como, por exemplo, a seca, furações, sismos, etc. Já no plano jurídico penal, a vítima é um ser humano que sofre o dano, em decorrência de ato delituoso de outrem, qualificado como tal pela norma penal, como denota Edgard de Moura Bittencourt:

O conceito de vítima apresenta vários sentidos: o originário, o geral, o jurídico-geral, o jurídico penal restrito e o jurídico penal amplo. O sentido originário do vocábulo está relacionado ao sacrifício de um ser vivo (pessoa ou animal) à divindade. O geral, à pessoa que sofre os resultados negativos dos próprios atos ou dos atos de outrem ou até mesmo do caso. O jurídico geral está ligado à pessoa que sofre diretamente uma ofensa ou ameaça contra determinado bem tutelado pelo ordenamento jurídico. O jurídico penal restrito relaciona-se com a pessoa que sofre diretamente as consequências da violação da norma penal, enquanto o jurídico penal amplo abrange o indivíduo e a comunidade que sofrem diretamente as consequências do crime. (BITTENCOURT, 1963, p. 51).

Pelo sentido originário, a vítima seria a da visão mitológica, isto é, o ser não necessariamente humano que se submete ao sacrifício para evitar as desgraças ou a ira dos deuses; no sentido geral, a vítima é um ser humano que sofre dano de qualquer natureza (fato humano ou natural); no sentido jurídico geral, a vítima é um ser humano que sofre dano descrito como tal pela norma jurídica, em qualquer das searas do saber jurídico; no sentido jurídico penal restrito, a vítima é um ser humano que sofre dano qualificado como tal pela norma penal incriminadora; e, no sentido jurídico penal amplo, a vítima é tanto o titular do bem ou interesse sobre o qual recaia a lesão ou ameaça de lesão descrita como tal pela norma

destinados ao sacrifício dos deuses após a vitória na guerra, pensando vinculá-lo ao ritual no qual seriam vitimados. De outro lado, o termo *vincere* significa vencer, ser vencedor, sendo vítima o vencido, o abatido. Assim predomina o entendimento do termo vítima ligado à ideia de sacrifício oferecido aos deuses”.

penal incriminadora, como é vítima aquele que apenas suporta os prejuízos emergentes em decorrência dessa lesão. Nessa categoria, sobressaem os familiares e dependentes da vítima e demais partícipes da vida em comunhão.

Entretanto, como o foco principal do presente estudo versa sobre a responsabilização e efetivação dos direitos fundamentais do ser humano, a visão mitológica e a natural revelam-se insuficientes para sustentar o conceito de vítima, sendo apenas a visão jurídica penal que prospera.

Pela visão jurídica penal, portanto, a vítima é qualquer ser humano que sofre diretamente as consequências da violação da norma penal - o sentido estrito -, como podem sê-la aqueles que suportam de forma mediata as consequências que emergem em decorrência dessa violação - o sentido amplo.

Baseando-se no sentido jurídico penal estrito e amplo da vítima, constata-se que são duas as principais espécies de vítima: individual e coletiva, conforme registra Elias Neuman (1994, p. 23): *“la víctima en el ámbito penal puede ser individual o colectiva y el dano resulta del hecho de la violación de bienes jurídicamente protegido en la normativa penal [...]”*.

Assim, se o bem ou interesse jurídico penal, cuja titularidade pertence a um particular, houver sofrido lesão ou perigo de lesão, a vítima será, inegavelmente, este. Se, porém, a lesão atingir de forma mediata ou subsidiária a sociedade, a vítima será, nesse caso, a coletividade normalmente representada pelo Estado, o que legitima seu *jus puniendi*.

No que tange à vítima individual, importa sublinhar que existem situações nas quais a lesão pode resultar em morte do ser humano, isto é, do titular do bem jurídico objeto tutelado pela norma penal. Nessas situações, atendendo o mal causado pelo delito, a vítima também será a família e dependentes necessitados que o falecido mantinha.

É o que ocorre, por exemplo, no “homicídio doloso consumado”, que a presente proposta designa simplesmente por Delito Rei, em que a lesão resulta em morte de um pai ou uma mãe de quem o filho em tenra idade ou a família como um todo dependia para se manter. A vítima é, nesse caso, tanto o titular do bem jurídico objeto tutelado pela norma penal – “o morto” –, quanto a família e filhos necessitados que “o morto” mantinha. Portanto, merecedores de uma reparação *in pecunia*, ainda que assistencial, como forma de mitigar o sofrimento, a dor da alma e restaurar, minimamente, a existência digna comprometida ou cerceada pelo delito.

Disso resulta também uma prévia conclusão de que a vítima do Delito Rei é todo ser humano que sofre diretamente a lesão, como são aqueles que suportam as consequências que emergem em decorrência da sua materialidade.

Essa prematura conclusão, portanto, reafirma a percepção de que há quatro elementos sem os quais não há como se cogitar o crime e, quanto mais, identificar o sujeito passivo do Delito Rei: o Estado, a sociedade, normalmente representada pelo Estado, o que legitima seu monopólio da justiça criminal, o agente do delito e a vítima.

Esses quatro elementos, por si só, revelam-se também insuficientes para sustentar uma definição de vítima à luz da política criminal universal emergente, a qual logra pela efetivação dos direitos fundamentais de todos os envolvidos no conflito, principalmente da vítima.

Diante dessa insuficiência, a proposta entende, por bem, conceituar a vítima como o ser humano que sofre a lesão física, mental e econômica ou financeira, inclusive em seus direitos fundamentais, reconhecidos pela ordem jurídica interna de cada país ou no âmbito do direito internacional.

Esse conceito da vítima, embora seja bastante amplo, na medida em que não especifica uma determinada área do saber da ciência jurídica, revela uma visão atual do Direito Penal moderno, haja vista a sua ressalva pelos direitos fundamentais da vítima. Pois, levando-se em conta que, para qualificação de uma conduta como criminosa, esta deve estar albergada pelo ordenamento jurídico interno de um país, constatando-se, ainda, que muitas vezes ocorrem violações em face dos direitos fundamentais, sem que essas se encontrem apartadas na ordem jurídica interna do país onde ocorrem - as normas do direito internacional referentes aos direitos humanos fundamentais das quais o país originário da pessoa de vítima é signatário estariam aptas para colmatar eventuais lacunas.

É por este motivo que deferimos também a aplicabilidade subsidiária da Declaração Universal dos Direitos do Homem e da Declaração das Vítimas de Crime e de Abuso do Poder, à ordem jurídica interna da República da Guiné-Bissau.

A necessidade de uma aplicação subsidiária das declarações em evidencia no âmbito jurídico guineense se deve ao fato de o modelo de gestão de conflito criminal transplantado na República da Guiné-Bissau, baseado na prevenção geral ou especial com foco demasiadamente concentrado no infrator para intimidar ou punir, ou ressocializar, a pessoa vitimada é relegada para o lugar periférico do processo, sequer é compensada pelos prejuízos que haja suportado em decorrência da materialidade do delito, fato este que deflagra uma

incompatibilidade entre esse sistema em relação ao regime do Estado Democrático adotado, assente no pressuposto ético da ordem jurídica universal, a dignidade da pessoa humana.

Como resultado dessa incompatibilidade, deflagra-se também uma tamanha falta de sintonia entre o modelo do *persecutio* penal vigente na República da Guiné-Bissau com o novo paradigma universal de gestão do conflito criminal assente em valores como os da inclusão, da paz jurídica e social, e da dignidade da pessoa humana, e que pugna pela responsabilização e efetivação dos direitos fundamentais de todos os envolvidos no conflito delituoso, principalmente das vítimas.

Essa falta de sintonia entre o sistema de gestão do conflito criminal guineense com o paradigma emergente elucida-se, ainda mais, quando lançado os olhares para a questão concernente com Ação Penal Pública, no qual a vontade do Estado e a da sociedade são, normalmente, representadas pelo seu órgão oficioso acusador, o Ministério Público. Enquanto a dos familiares e dependentes necessitados que o falecido mantinha defere-se para seus representantes legalmente constituídos, a quem, muitas vezes, falta a devida cautela para com as questões atinentes a seus interesses e vontades envolvidas no conflito, fato esse que denuncia, também, a vitimação deles.

No que tange à ação penal, observa-se que, pelo ordenamento jurídico da República da Guiné-Bissau, é o Ministério Público o órgão oficioso do Estado, legitimado para oferecer denúncia contra o presumível autor do delito. Essa legitimidade independe da representação ou requisição, e, por isso, diz-se pública e incondicionada.

Essa legitimidade é exclusiva do Ministério Público, pois o resultado do evento Delito Rei é a cessação da vida humana, bem esse que, dada a sua fundamentalidade para a preservação da espécie humana, ocupa o epicentro de qualquer ordem jurídica democrática.

A vida humana é, como se verá, um valor cuja natureza é pública. Por isso, não está à mercê da vontade de quem quer que seja, inclusive a do Poder Público, devendo este apenas proteger e promover a sua máxima realização.

Desse dever do Poder Público de proteger e promover a máxima realização, emerge a obrigação de seu órgão oficioso acusador, o Ministério Público, em sua atividade postulatória incondicionada, ao se submeter, principalmente, aos princípios da ordem jurídica democrática, como, por exemplo, os princípios da obrigatoriedade, da indisponibilidade e da oficialidade.

Pelo princípio da obrigatoriedade, o Ministério Público, possuindo o mínimo de prova que possa sustentar uma denúncia, está em sua obrigação de dar início à ação penal. A sua

atuação, por exclusividade nessa ação, configurará o princípio da oficialidade. Já o fato de o mesmo não poder desistir, em tese, da ação intentada, configurará o princípio da indisponibilidade.

Como se percebe, o Ministério Público não precisa de qualquer autorização para iniciar o processo. Assim sendo, obtendo o mínimo de provas, estará ele obrigado a oferecer denúncia *ex-officio*, independentemente de manifestação da vontade de quem quer que seja.

Consumado o Delito Rei, portanto, pouco importa a vontade dos familiares e dependentes carentes, os quais vinham sendo mantidos pelo falecido, devendo o Ministério Público apenas valorizar a vontade do Estado e ajuizar a ação, a fim de punir o presumível autor do delito e reeducá-lo para o retorno ao convívio social, tanto é que, em caso da carência de provas sobre a materialidade do fato delituoso, pode o Ministério Público requerer o arquivamento do processo.

Arquivado o processo, é claro, arquiva-se, ainda que de forma mediata, o sofrimento, a dor da alma e a vida digna da vítima comprometida ou cerceada pelo delito, ou seja, dito de outro modo, arquivam-se também os interesses e a vontade dos cidadãos vitimados necessitados.

Não restam dúvidas, portanto, que pelo *persecutio* penal vigente na República da Guiné-Bissau, principalmente no âmbito do Delito Rei, a vontade do Estado, normalmente manifesta pelo Ministério Público, acusa certa preponderância em relação à vontade dos vitimados, sem perder de vista o fato de que, muitas vezes, esses sequer têm acesso ou participam no processo, ou fornecem as provas sobre a materialidade do delito, ou, ainda, veem mitigados o sofrimento, a dor da alma e restaurados, minimamente, os prejuízos que hajam suportado em decorrência da materialidade do delito.

Aliás, não se pode continuar a confundir a própria vontade e interesses do Estado com os da sociedade, e nem daquele ou desta com os do vitimado, sequer podendo-se aventurar a fundi-los, como se verifica na praxe jurídica guineense.

Enfim, nada obsta concluir, ainda que de forma prematura, que o modelo de reação jurídica penal da República da Guiné-Bissau, principalmente, o seu *persecutio*, denota preocupar-se mais com a realização do interesse e vontade do Estado: reforçar e renovar a vigência da norma penal infringida do que propriamente com a efetivação dos direitos fundamentais da pessoa da vítima do Delito Rei.

2.2 Status de vítima ao longo da história

A vítima, como se viu, absorveu diversas conceituações, sendo essa tarefa de conceituar complexa e problemática, haja vista diversos ramos doutrinários que estudam a sua existência. Diante dessa complexidade, importa trazermos algumas reflexões históricas sobre o protagonismo da pessoa da vítima no *persecutio* penal, para que possamos compreender o aspecto garantístico que lhe é salvaguardado pelo Direito Penal moderno.

Nessa perspectiva, noticia Antônio Garcias-Pablo de Molina que, “ao longo da história, a vítima passou por três fases – protagonismo, neutralização e redescobrimto”. (MOLINA; GOMES, 2002, p. 78). São essas, portanto, as três fases marcantes na história da vítima.

Na fase de protagonismo, a costumeira, a repressão a uma ofensa sinalizava um ato de revide de acordo com as forças individuais da vítima ou de seus parentes, ou seja, por força mútua própria dos envolvidos no conflito criminal, sendo quase impossível dissociar a pena dos atos de vingança.

Dentre as principais características da gestão do conflito criminal desse período histórico, sobressaem o caráter desproporcional da resposta à ofensa, vingança ilimitada de sangue e a retaliação contra o infrator e sua família ou contra o seu respectivo grupo.

O caráter desproporcional da resposta à ofensa, pois, não existia um poder central capaz de assumir a gestão do conflito criminal, sendo esse o motivo pelo qual a vítima e seus familiares, ou a comunidade - “o clã” -, era legitimada a aplicar sanção segundo seus sentimentos de injustiça ou a percepção da justa medida.

Por vingança ilimitada de sangue, compreende-se o período em que a pessoa da vítima podia agir com a sua força, usando os meios que lhe convinham ou com o apoio de sua família, ou, ainda, da sua comunidade - “o clã” -, para reprimir a agressão que houvesse sofrido e, por isso mesmo, era protagonista principal na gestão do conflito criminal.

Já a vingança privada, como logo se verá, é o momento histórico posterior, em que a reparação de dano passa a constituir uma pena cumulativa ou substitutiva da vingança de sangue da vítima ou de seus familiares, ou, ainda, de sua comunidade, sem perder de vista a conotação religiosa que a pena adquiria.

A primeira fase, portanto, corresponde o período histórico primitivo afetado pela justiça por força mútua - com as próprias mãos -, cada ofensa constituía em uma nova ofensa ou reação desproporcional à mesma, pelo que a humanidade teve de vivenciar, nesse período,

infindáveis conflitos entre as comunidades tradicionais e o enfraquecimento das mesmas, e, nos casos extremos, a sua extinção.

Infindáveis conflitos, pois, como ficou ressaltado, inexistia um órgão oficioso capaz de chamar para si o monopólio da gestão do conflito criminal, e o crime representava uma ofensa a um bem ou interesse cuja titularidade pertence à pessoa da vítima e sua família ou à sua comunidade, pelo que o direito de punir era embasado no sentimento da comunidade e cuja finalidade precípua era preservar a coesão social.

Posteriormente, já com certo nível de emancipação cultural, as comunidades primitivas – “clãs” – sentiram a necessidade de conter a vingança ilimitada e, principalmente, os extermínios e excessos na repressão do ato delituoso. Foi esse, portanto, o emergir do pagamento de dano, uma esperança e alternativa à represália vivenciada em tal período.

Com o novo modelo, a vingança ilimitada de sangue transmuda-se para a vingança privada – limitada –, sendo que a reparação de dano passa a constituir uma pena cumulativa ou substitutiva à vingança privada da vítima ou de seus familiares, ou, ainda, de sua comunidade.

Em se tratando da vingança divina, observa-se que, nessa, atendendo ao fato de que o que se busca é a satisfação da divindade, e não a satisfação da vítima, a reparação era inaceitável, pois a pena era uma resposta ao pecado cometido, que, por vezes, é mortal.

Com exceção à vingança divina, quando reparado o dano, os vitimados já se sentiam satisfeitos e curadas as mágoas, e, por isso mesmo, dá-se por superado o conflito, ainda que se diga no âmbito primitivo, como noticia Pablo Galain Palermo:

[...] una análisis histórico de los medios de reparación tras la comisión de un delito, indica que ellos no eram utilizados para obter un acercamiento o (re) conciliación entre los individuos (autor y víctima), sino para compensar y dar satisfacción del dano causado al clan o la familia do ofendido. La reparación servia para compensar el prestigio público perdido por el clan tras el delito y constituía una especie de recomposición del statu quo por medio del castigo. (PALERMO, 2010, p. 88).

Realmente, reparado o dano, sendo alcançada também a reconciliação, o clã do infrator recuperava o seu prestígio e os vitimados ficavam deslegitimados a atos de vingança.

Caso a compensação não seja levada a efeito pelo autor ou pela sua família, ou, ainda, pela sua comunidade, legitimam os vitimados e sua comunidade a vingança ilimitada de sangue, conforme lhes convém.

Se, porém, superada a contenda e as partes reconciliadas, não há mais espaço para os atos de extermínios ou extinção dos grupos, pelo que emerge o fenômeno conhecido como a

sedentarização, onde as comunidades passam a desfrutar de uma paz social duradoura em uma determinada região ou lugar.

Com a sedentarização, a humanidade, ou alguns grupos sociais, começaram a praticar atividades como a agricultura, a pesca, o artesanato e a criação de gados, surgindo, desse modo, as primeiras cidades, fenômeno histórico este denominado de revolução neolítica.

Surgindo as cidades e estabilizando-se as comunidades tradicionais por um longo período no mesmo lugar, a vingança ilimitada de sangue, definitivamente, fica superada e em seu lugar estabelece-se uma vingança limitada de acordo com a espécie da ofensa.

É nesse contexto, portanto, que surgem as primeiras legislações penais, nas quais já se previam as infrações e o valor do *quantum* indenitário de acordo com o grau da gravidade ou prejuízos materiais emergidos em decorrência do delito, inclusive as medidas protetivas e preventivas às ofensas. Tem-se, assim, o marco inicial da gestão do conflito criminal limitadora dos excessos reparatórios ou das represálias.

A partir do século XII, principalmente com o advento histórico da transição entre a alta e a baixa idade média, período este marcado por algumas transformações sociais, como o acúmulo de armas e da riqueza nas mãos de algumas classes minoritárias dominantes, surge a necessidade de submissão da classe dominada a um poder central, composta por aquelas. Emerge, assim, a segunda fase contemporânea ao surgimento do Estado Moderno e ao nascimento do Direito Penal.

Com o nascimento do Direito Penal, é o Estado quem passa a se responsabilizar pela punição dos infratores, sendo que o foco relacional de gestão do conflito criminal, que até então era centrada na pessoa da vítima ou sua família, ou ainda sua comunidade e o infrator, transmuda-se para o crime, o infrator e a pena, pelo que a pessoa da vítima e os vitimados, exceto aqueles que detinham posições sociais privilegiadas, passam para o lugar periférico e alienado do processo, conforme Selma Pereira de Santana:

O nascimento e o desenvolvimento do Direito Penal propiciaram a extinção de formas de justiça privada. Todavia, o que, nomeadamente, marcou a história do Direito Penal, nesse aspecto, foi o *jus puniendi* competir exclusivamente o Estado, implicando-a, porém, em contrapartida, o começo do abandono da figura da vítima. O Estado é alçado a condição de garantidor da ordem pública e, somente a ele, compete o direito de impor a sanção penal. A reação ao delito relaciona o Estado com o delincente, resultando a vítima cair no esquecimento. Iniciou-se, assim, o processo de neutralização da vítima. (SANTANA, 2010, p. 18).

Efetivamente, com a neutralização, o crime que até então constitui ofensa em face da pessoa de vítima e seus familiares ou a sua comunidade, passa a ser lesão contra o soberano e a lei por este expedida, pelo que se confere ao seu órgão oficioso de representação, isto é, o

procurador (DE OLIVEIRA, 1999)³, o monopólio de gestão do conflito criminal. Dá-se, assim, o início da judicialização.

Com a judicialização, a vítima e sua família foram neutralizadas e relegadas para posição periférica do processo penal, passando, desse modo, de sujeitos de direitos com plenos poderes para reprimir a ofensa e pleitear a reparação dos prejuízos que hajam suportado, para meros informantes da persecução penal.

Essa transmutação na gestão do conflito criminal, entretanto, assinala alguns progressos, entre os quais a correta aplicação da lei penal e a limitação da vingança de sangue, ou retaliação contra o infrator e sua família, ou seu respectivo grupo. Igualmente, a transmutação na gestão do conflito criminal possibilitou o surgimento de alguns princípios jurídicos, como os da concretização da lei penal, pacificação social, imparcialidade na aplicação da norma penal, entre outros.

Vale lembrar que o direito de punir daquelas épocas, além de constituir um instrumento de reafirmação do poder, também tinha conotação mais intimidatória do que propriamente protetiva à pessoa da vítima.

A nova visão do *persecutio* penal, embora tenha apresentado progressos, na medida em que converte a vítima em um sujeito passivo concreto, é nada mais que a marginalização desta, pois sequer lhe possibilita expressar a forma como experimenta a ofensa e quanto mais de reaver os prejuízos que haja suportado, perante o juízo competente.

Essa marginalização da vítima ficou ainda mais sedimentada com o caráter retributivo da pena daquelas épocas, onde sequer se procurava a semelhança específica entre a pena e a conduta delituosa, havendo o princípio talional de “olho por olho” e “dente por dente”, muitas vezes desproporcional, que norteava a resposta penal, embora se pudessem sentir algumas investidas no sentido de melhorar esse modelo retributivo. Nesse sentido, noticia Raffaella da Porciuncula Pallamolla que:

Ao longo da existência do modelo retributivo, inúmeras alterações buscaram consertar suas falhas. Inicialmente, as punições eram severas, não havendo correlação entre a gravidade do delito e a pena imposta. Posteriormente, com o Renascimento, introduziu-se o critério da proporcionalidade entre o ato e a pena correspondente, o que tornou aplicação das penas mais racionalizadas. (PALLAMOLLA, 2009, p. 32).

Como noticiado, a introdução do critério da proporcionalidade é marco histórico, senão impulsionador das doutrinas da racionalização da justiça penal e da suavização das

³ Ana Sofia Schmitd de Oliveira. *A vítima e o direito penal*. Uma abordagem do movimento vitimológico e do seu impacto no direito penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 33. – “Surge a figura do procurador representando o soberano e substituindo a vítima e seu discurso diante do autor do delito”.

penas do século XVII, porém a vítima permanece no esquecimento, haja vista que o contexto era de racionalizar a pena que será imposta ao infrator.

Discorrendo, ainda, sobre o caráter retributivo da pena, importa sublinhar que esse está assente no ideário positivista, o qual apenas se preocupa com a concretização da lei penal de forma distante, imparcial, pública e sem margem para a vingança privada, sendo essa preocupação a razão pela qual se sedimenta o controle penal através da Ação Penal Pública.

Com a Ação Penal Pública, a vítima fica absolutamente neutralizada, pois não é ela, a vítima, quem se contrapõe ao infrator, mas o Estado, através do seu órgão de representação, o Ministério Público, que passa a perseguir o infrator em todas as fases da *persecutio* penal. Por isso mesmo conclui Raffaella da Porciuncula Pallamolla:

O Direito Penal esqueceu da vítima ao tratar apenas da proteção dos bens jurídicos desde o viés do castigo àquele que cometeu um delito, e negligenciou o dano causado à vítima e a necessidade de reparação. Além do Direito Penal, também o processo penal esqueceu da vítima ao deixá-la à margem do processo e sem proteger seus direitos. Até mesmo a criminologia esqueceu dela, pois tratou apenas do delinquente, num primeiro momento, para depois passar a entender o delito como um fenômeno relacional sem, entretanto, analisar a vítima da relação, restringindo-se, apenas, à análise do processo de criminalização. (PALLAMOLLA, 2009. p. 32).

Como dito, o Direito Penal e seu procedimento, inclusive a criminologia, esqueceram por absoluto a vítima, talvez porque o foco era apenas de satisfazer a vontade do Estado: punir o infrator de tal forma que todos os partícipes da vida em comunhão se intimidassem e abstivessem de praticar o mesmo crime. Com efeito, renovar e reforçar a vigência da norma penal lesionada.

Ocorre, porém, que, na segunda metade do século XIX, após diversos congressos internacionais sobre ciências penais, a questão da vítima e a necessidade de utilização do processo criminal para a compensação civil *ex delicto* por danos, inclusive a responsabilização do infrator pelos referidos danos, viriam a ser retomadas, como testemunha Antonio Scarance Fernandes:

Por influência da escola positiva, surgem outras propostas tendentes a fazer com que seja o dano reparado pelo réu. Sugere-se que o trabalho do preso seja destinado a compensar os prejuízos sofridos pela vítima de crime. Entende-se que a ordem jurídica só será inteiramente restaurada se, no processo criminal, além de ser punido, o réu também seja condenado a reparação do dano; decorre daí que o juiz deveria, de ofício, decidir sobre a reparação do dano, ou incumbiria ao ministério público pleiteá-la. Propõe-se que certos benefícios do condenado sejam condicionados à reparação do dano: concessão de sursis, deferimento do livramento condicional e reabilitação. (FERNANDES, 1995, p. 160).

Tem-se, desse modo, o início da transmutação de uma visão do *persecutio* penal, baseado na prevenção geral ou especial com foco demasiadamente concentrado no infrator para intimidar ou punir, ou ressocializar, onde o vitimado é relegado para o lugar periférico do

processo, sequer é compensado pelos prejuízos que haja suportado em decorrência da materialidade do delito.

Essa visão do *persecutio* penal, mesmo sendo eficiente, em muitos casos, não passa de um instrumento de imposição do poder que coloca em risco o equilíbrio da convivência entre os partícipes da vida em comunhão. Pois, simplesmente postular uma ação ou aplicar a pena, ou, ainda, impor castigo para o infrator ou ressocializá-lo, expõe muitas fragilidades e, conseqüentemente, surgem novos problemas, que, na prática, o Estado sequer dá conta de solucioná-los ou evitá-los. Daí assevera Marcelo Fernando Borsio:

O Direito Penal apresenta-se em crise, em que a pena privativa de liberdade representa uma violência e tem pouca eficácia de ressocialização dos delinquentes. O sistema de punição tem muitos problemas e bem maiores ao que se propõe solucionar, pois reprime bem antes de tentar compor, gerando problemas mais graves. Não é capaz de demonstrar que é útil para sociedade, nem mesmo a vítima. (BORSIO, 2013, p. 161).

Obviamente, o sistema de reação jurídica penal vigente está caótico. Aliás, se as vítimas e a sociedade já se sentem injustiçadas por esse sistema, será que eles estarão aptas a perdoar o infrator ou a se reconciliar com este? Ainda, será que o infrator poderá ressocializar-se e reintegrar-se ao convívio social com maior segurança? Ou, ainda, esse sistema é hábil para a restauração da paz jurídica e social? Responder a essas e outras questões, portanto, constitui as análises que se prosseguem.

Para efeito, importa assinalar que a crise do Direito Penal moderno e de seu *persecutio* tornou-se mais acentuada com o emergir do paradigma neoconstitucionalista, assente no pressuposto ético da ordem jurídica universal da dignidade da pessoa humana, o qual passou também a informar e fundamentar a ordem jurídica democrática.

Com o paradigma emergente, o neoconstitucionalista, inexistem fórmulas prontas e acabadas para se seguir, já que as interpretações e soluções são múltiplas e devem ser construídas por meio de procedimentos democráticos racionais, os quais devem convergir para legitimar as decisões jurídicas penais ou interpretações produzidas nesse âmbito.

Este é o motivo pelo qual o circuito da persecução criminal, até então centrado na prevenção geral ou especial, com foco no infrator para intimidar ou punir, ou, ainda, para ressocializar, sendo a vítima relegada a um lugar periférico e alienada do processo, transmutou-se também para o da responsabilização e efetivação dos direitos fundamentais, assente na promoção de valores como os da inclusão, da paz jurídico-social e da dignidade da pessoa humana do infrator e da vítima, inclusive da família e dependentes carentes que dependem da vítima para se manter.

Com a transmutação no cenário de gestão do conflito criminal, não resta ao Poder Público do Estado Democrático outra opção que não passe pela inclusão do vitimado necessitado no *persecutio* criminal e tratá-lo com humanidade e dignidade.

Dessa obrigação de o Poder Público tratar o vitimado com humanidade e dignidade resulta, entre outros direitos, o do vitimado ser o epicentro de atenção do *persecutio* penal, capaz de expressar a forma como experimentou o delito e suas consequências, bem como de haver-lhe sido reparado tais consequências e, com isto, restaura-se a sua vida digna ante o evento delituoso.

São também essas e outras ideias que vão revolucionar o pensamento humanitário do século XX e culminar com inúmeras declarações, entre as quais, pela sua importância e dimensão, a Declaração Universal dos Direitos das Vítimas de Crime e de Abuso do Poder, onde os participantes dedicaram especial atenção à questão da reparação de danos às vítimas.

Eis o marco histórico, senão imediato, que sedimenta o retorno do protagonismo da vítima no *persecutio* criminal, em que essa passa não só a expressar a forma como experimentou o crime e sua consequência, mas a traçar as formas para sua recuperação.

Essa transmutação emancipatória ocorreu logo após a Segunda Guerra Mundial, na segunda metade do século XX, momento histórico no qual surgiram estudos e movimentos em torno da figura da pessoa da vítima do crime, inclusive a de seus familiares e dependentes carentes, ou seja, de todos os prejudicados pelas consequências do delito, que o presente enfoque designa apenas por vitimados.

Foi também a essa nova fase do Direito Penal moderno e seu procedimento, que a corrente majoritária da doutrina vitimológica, incluindo Molina e Gomes (2002)⁴, denomina de redescobrimto da vítima.

Refere-se, aqui, a um novo modelo de gestão do conflito criminal, onde a pessoa da vítima, sujeito passivo do crime e, por isso mesmo, informante e espectador do *persecutio* criminal, converte-se para o sujeito de direito e ativo desse mesmo *persecutio*, capaz de demonstrar as provas da materialidade do crime, expressar a forma como experimentou o dano e traçar as formas de sua recuperação.

⁴ Antonio Garcias-Pablo de Molina e Luiz Flávio Gomes. *Criminologia*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 78 – “Atualmente o direito experimenta uma fase de redescobrimto da vítima no processo penal, ainda em uma forma de tímida participação, tendo o Estado como principal responsável pela apuração e punição do crime. O Estado passa a lançar um olhar para além da repressão e da punição criando programas voltados à proteção e a assistência às vítimas; [...]. As atenções se voltam para as vítimas de infrações penais e de violação de direitos humanos, especialmente após as duas guerras mundiais, em virtude do crescimento da violência e do crime organizado, e de forma mais acentuada, às minorias e aos vulneráveis”.

Em suma, o *persecutio* penal não só tornou-se mais humano e justo, protegendo o indivíduo e a própria sociedade contra qualquer diminuição em seus direitos fundamentais, mas converte-se, principalmente, em um verdadeiro instrumento da promoção dos valores como a inclusão, a paz jurídica e social, e a dignidade da pessoa humana.

2.3 As diversas tipologias de vítima

A vítima seja ela o titular do bem jurídico objeto tutelado pela norma penal lesado ou na qualidade da pessoa que suporta as consequências do delito, para que goze dos plenos direitos que o Direito Penal constitucional moderno lhe salvaguarda, faz-se indispensável sua isenção na promoção ou materialidade do evento delituoso, sendo essa isenção condição *sine qua non* para a materialização do direito justo.

Essa isenção da vítima revela-se importante, pois a reparação civil *ex delicto*, no sentido do direito justo, como se verá, não visa o enriquecimento ilícito, mas a efetivação dos direitos fundamentais do cidadão vitimado necessitado, comprometido ou cerceado pelo delito. Daí também que essa reparação deve tirar fundamento da moral pública vigente.

É nesse contexto que urge também analisarmos a *quota* contribuição ou participação de todos os sujeitos da relação jurídica criminal, pois somente essa análise propiciará condições para que possam ser identificados e remir certos artifícios que podem viciar não só o *persecutio* criminal em si, mas comprometer a busca pelo direito justo. Para efeito, importa trazermos algumas tipologias de vítimas fornecidas pela doutrina.

Nessa perspectiva, noticia Bittencourt (1963)⁵ que Binyamin Mendelsohn (Israel, 1947), baseando-se na interação entre a pessoa da vítima e o autor da infração, procurou determinar a *quota* participação e responsabilidade de cada um deles no evento delituoso.

Com esse propósito, registraria Mendelsohn que as vítimas podem ser classificadas em: vítimas completamente inocentes, que ele denomina de vítimas ideais; vítimas menos culpadas do que o delinquente, as denominadas de vítimas por ignorância; vítimas tão culpadas como o delinquente, as voluntárias; vítimas mais culpadas do que o delinquente, as provocadoras; e vítimas com única culpa, as agressivas. (BITTENCOURT, 1963, p. 58-59).

No primeiro tipo, temos a vítima absolutamente inocente, isto é, que em nada contribuiu para a produção do evento delituoso. No segundo, a vítima que, de certa forma,

⁵ Confira-se: Edgard Moura Bittencourt. *Vitimologia*: a dupla penal delinquente-vítima, participação da vítima no crime, contribuição da jurisprudência brasileira para a nova doutrina. São Paulo: Universidade de Direito Ltda., 1963, p. 58.

contribuiu para a produção do evento delituoso, embora essa contribuição decorra de sua ignorância ou por impulso não voluntário.

A diferença entre a vítima absolutamente inocente e a vítima por ignorância, portanto, é que esta, embora a sua vontade não esteja determinada à produção do evento delituoso, contribui, de qualquer modo, para a sua materialização. Ao passo que aquela em nada contribui para essa materialização.

No terceiro tipo, temos a vítima que consente e colabora com o ofensor para a produção do evento delituoso – é o exemplo típico da eutanásia e do pacto de suicídio.

Se no segundo tipo a vítima não tem domínio da situação, no terceiro, porém, tem domínio e goza da sua faculdade mental sã e livre, pelo que contribui com a sua *quota* participação, para a produção e a materialidade do evento delituoso.

No quarto tipo, temos a vítima que promove ou dissimula a causa imediata da materialidade do evento delituoso, como, por exemplo, a legítima defesa em proveito próprio. Já no quinto, a vítima reage à ação delituosa com raiva e hostilidade. Neste, portanto, a vítima reage com excesso, enquanto que, naquele, a vítima quer tirar proveito da situação, comportamento esse que ofende a moral pública vigente.

Essa perspectiva tipológica de vítima, embora relevante do ponto de vista vitimológico, haja vista que possibilita determinar a *quota* participação e a culpa de todos os protagonistas do evento delituoso, em muitas vezes pode acentuar ou vulnerar, ainda mais, os direitos da vítima, que, além de sofrer diretamente o crime e suas consequências, pode ver sua culpa considerada inversamente proporcional à do ofensor. Tirando essa ressalva, acreditamos, é muito relevante para legitimar uma resposta jurídica produzida no âmbito penal.

Noticia ainda Bittencourt (1963)⁶ que Luiz Jiménez de Asúa (Argentina, 1961) também propôs uma nova classificação das vítimas, subdividindo-as em duas categorias principais: as vítimas indiferentes e as vítimas determinadas.

As vítimas indiferentes, segundo o próprio Jiménez de Asúa, seriam a de uma situação de um criminoso que sai à rua para roubar uma pessoa qualquer. Para ele, a vítima é indiferente, tanto que pode roubar um homem ou uma mulher, ou ainda matá-los.

As vítimas determinadas, porém, podem ser subdivididas em: resistentes ou coadjuvantes, advertindo Asúa que as vítimas anônimas ou indefinidas não têm maior

⁶ Confira-se: Edgard Moura Bittencourt. *Vitimologia*: a dupla penal delinquente-vítima, participação da vítima no crime, contribuição da jurisprudência brasileira para a nova doutrina. São Paulo: Universidade de Direito Ltda., 1963, p. 60 e 61.

interesse para a vitimologia. Por isso, sequer chegou a registrar, de forma inequívoca, quem são tais vítimas.

A única novidade da tipologia de vítimas fornecida por Asúa se refere, portanto, à dissociação entre a vítima indiferente e a determinada. Esta última seria o caso de uma pessoa visada.

A vítima indiferente e a determinada, por serem as vítimas que em nada contribuíram para a produção ou a materialidade do evento delituoso, gozam de plenos direitos a uma efetiva reparação de danos ou assistencial.

Segue-se, também, Hans Von Henting (Estados Unidos, 1948), que, com fundamento em fatores sociológicos e biológicos, apresenta outra tipologia de vítimas: vítimas natas e as vítimas da sociedade.

Ainda, Henting citado por Alessandra Orcesi Pedro Greco (2004)⁷, apresenta outra tipologia de vítimas: a vítima agressora, que reage à ação delitiva com raiva e hostilidade; a depressiva, que se autodestrói; a voluntária, que permite que outrem cometa o delito contra ela sem oferecer resistência; a perversa, que representa as pessoas psicopatas, as quais, além de serem predispostas à vitimização, sequer conseguem impor limites de respeito, em relação a outras pessoas.

Essa perspectiva tipológica, como se nota, exige certo domínio da singularidade de cada caso concreto, para a determinação da *quota* contribuição da vítima na produção do evento delituoso danoso ou para a responsabilização do infrator pela materialidade desse mesmo evento. Com efeito, a perícia judicial será uma realidade.

Discorrendo, ainda, sobre tipologias de vítimas, sobressai a obra intitulada *La víctima*, de Guglielmo Gulotta (Itália, 1971), que, segundo De Oliveira (1999)⁸, apresenta uma tipologia genérica de vítima em: vítimas não reais e reais.

As vítimas não reais ou falsas se subdividem em: vítima simuladora, que sustenta uma falsa acusação para incriminar um inocente por vingança; e vítima imaginária, que, por não ter discernimento mental completo ou sanidade, imputa a outrem uma acusação criminal falsa.

A primeira, portanto, goza de faculdade mental sã e sustenta uma falsa acusação sabendo que dela pode se vingar de outrem. Enquanto que a segunda não goza dessa faculdade mental.

⁷ Confira-se: Alessandra Orcesi Pedro Greco. *A autocolocação da vítima em risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 26.

⁸ Confira-se: Ana Sofia Schmidt de Oliveira. *A vítima e o direito penal*. Uma abordagem do movimento vitimológico e do seu impacto no direito penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 98 e 99.

Já na categoria de vítimas reais, incluem-se as vítimas de acidente por caso fortuito e calamidades naturais. São vítimas, portanto, que não têm qualquer relação com o ofensor e sequer participam com este, em tese, na produção ou na materialidade do evento delituoso. Essa categoria subdivide-se em: vítimas fungíveis e infungíveis ou participantes.

As vítimas fungíveis são aquelas que em nada contribuem para a produção do evento delituoso, sendo esse de inteira responsabilidade do infrator. Enquanto que as vítimas não fungíveis são aquelas que contribuem, de qualquer modo, com a sua *quota* parte, para a produção do evento delituoso. Dessa classificação integral, ainda, outra mais complexa, que abrange as vítimas imprudentes, alternativas, provocativas e voluntárias.

As vítimas imprudentes são aquelas que, por falta da devida cautela, dão causa ao evento delituoso danoso; as alternativas, cujo exemplo clássico abrange a rixa e o duelo, são aquelas que, em um evento delituoso, atuam como criminoso; as provocativas são as vítimas que promovem ou dão início ao conflito delituoso, como, por exemplo, na legítima defesa em proveito próprio; e as voluntárias são as vítimas que consentem com a produção do evento delituoso danoso. São exemplos típicos a eutanásia e o pacto de suicídio.

A dissociação entre as vítimas fungíveis e não fungíveis, segundo Gulotta, é importante para medir a periculosidade do delinquente. Pois a conduta deste será mais gravosa quando a personalidade individual da vítima demonstrar-se insignificante na determinação do delito.

Dessa forma, se comprovado, em juízo, que a *quota* contribuição da vítima é irrelevante para a produção ou materialidade do evento delituoso, a pena a ser aplicada ao infrator deve ser agravada. E a pessoa da vítima deve ser reparada integralmente pelo dano que haja suportado.

O grande mérito dessa perspectiva tipológica, portanto, é que ela deixa transparecer as situações em que a própria vítima pode criar o risco para si ou consente que outrem o crie. E, em algumas situações, ela, a vítima, sequer tem relação com o ofensor ou colabora com este para a produção do evento delituoso que a prejudica.

Segue-se, também, a tipologia de Edmundo Oliveira (Brasil, 1989), para quem existem dois grupos de vítimas: as programadoras e as precipitadoras. Estas são as vítimas que têm uma relação com o ofensor e colaboram com este para a produção do evento delituoso, sabendo que dele será vitimada. Ao passo que aquelas são as vítimas que instigam o infrator para que este produza o evento delituoso. Dessas duas espécies de vítimas, sobressaem, segundo Oliveira (1999), outras subespécies: as vítimas de culpa exclusiva, quando a

responsabilidade pela produção do evento delituoso é exclusiva da vítima; por culpa concorrente, quando a vítima e o ofensor contribuem cada qual, de igual modo, para a produção do evento delituoso; já há culpa recíproca quando a influência da vítima se dá por razão de sua falta de cuidado com os seus bens.

Assim, pois, quando consumado o delito, se há culpa exclusiva da vítima, o infrator não será responsabilizado. Já a pessoa da vítima perde o direito de pleitear a reparação de danos. Entretanto, poderá tê-la, na medida do possível, se houver culpa concorrente, pela qual o infrator também será responsabilizado até o limite da sua *quota* contribuição na produção ou materialidade do evento delituoso.

Na terceira hipótese, a culpa recíproca, porém a vítima terá o direito à reparação de dano na sua integralidade, pois em nada contribuiu para a produção do evento delituoso danoso. Aliás, nenhum cidadão deve ser responsabilizado pela negligência do Estado para com a sua obrigação constitucional de garantir segurança pública e muito menos pelo ilícito de um marginal que a seu bel-prazer viole a esfera privada da liberdade do cidadão de bem.

Registra ainda Oliveira (1999), as vítimas do caso fortuito, que, por calamidade natural imprevisível, ficam absolutamente impossibilitadas de se precaver do evento danoso; e as vítimas de força maior, que sofrem uma coação irresistível de natureza humana. Essas subespécies de vítimas, na realidade, não são criminais, pois sequer possibilitam extrair os elementos subjetivos do crime. Por isso, os prejuízos suportados por vítimas do caso fortuito ou de força maior, dependendo da situação, devem ser havidos mediante a assistência, a ser prestada pela sociedade representada pelo Estado ou ONGs vocacionadas.

Como se pode constatar, todas as classificações até aqui evidenciadas, embora acusem notória distinção, principalmente no que tange às nomenclaturas de vítimas, são perfeitamente válidas para a determinação da *quota* contribuição do infrator e da vítima na materialidade do delito, senão vejamos: consumado o delito, se constatado que a própria vítima, sendo esta maior de idade e em pleno uso de suas faculdades mentais, gerou para si o risco, o resultado poderá ser imputado ao infrator conforme sua *quota* culpa, enquanto a pessoa da vítima poderá ter-lhe deslegitimado o direito de sindicar a reparação civil *ex delicto* por danos.

Destaque-se, por fim, Elias Neuman (Argentina, 1984)⁹, que propõe uma classificação mais moderna de vítimas em: vítimas individuais, familiares, coletivas, sociais ou do sistema social, vítimas do sistema penal e vítimas supranacionais.

⁹ Confira-se: Elias Neuman. *Victimologia*. El rol de la víctima en los delitos convencionales y no convencionales. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1994, p. 56 - 61.

As vítimas individuais, segundo Neuman (1994), podem ser: as inocentes e resistentes; as provocadoras, cooperadoras ou coadjuvantes e solicitantes; as que agem por própria determinação e as vítimas delinquentes.

Assim, se consumado o delito, as vítimas inocentes terão o direito a uma reparação de danos efetiva, como a terão as resistentes. Já nas demais hipóteses, o infrator será responsabilizado até o limite da sua *quota culpa*, sendo que as vítimas poderão ver-lhes reparados os danos na medida do possível, pois não é dado a nenhum cidadão promover perturbação à paz jurídica e social.

Seguem-se, ainda, as vítimas familiares: as crianças maltratadas e exploradas economicamente, as mulheres agredidas e as vítimas do delito no âmbito conjugal, como estupro e incesto; as vítimas coletivas: as comunidades como nação (alta traição, rebelião, golpes e conspirações) e as vítimas da comunidade social: terrorismo, genocídio, etnocídio, crimes de colarinho branco cometidos por particulares, poluição, falsificação de medicamento, etc.; as vítimas do sistema social: as crianças de rua, os doentes, os loucos, os idosos, os excluídos, as minorias, os exilados, os imigrantes, os homossexuais e os acidentados; e as vítimas do sistema penal: as leis que criam delinquentes, menores com condutas antissociais, falta de assistência jurídica, excesso de prisões preventivas, etc.; já as vítimas supranacionais são aquelas de ataques à soberania territorial e à institucional.

Essa perspectiva tipológica de vítima, como se pode notar, absorve as categorias anteriormente evidenciadas e prevê as vítimas de violação dos direitos humanos e a paz jurídico-social mundial.

Trata-se, portanto, de uma perspectiva moderna de vítima, pois absorve e consegue prever eventuais vitimados de violação de direitos humanos fundamentais. E dinâmica, haja vista a possibilidade de acompanhar as mudanças que hão de se operar no plano jurídico-social.

Analisando, ainda, essa perspectiva neumaniana de vítimas, ressaltam-se: as vítimas pessoas físicas e coletivas, isto é, aquelas que suportam direta ou indiretamente as consequências de ações em face dos bens jurídicos individuais, difusos ou coletivos, inclusive os bens das pessoas jurídicas de direito interno e internacional.

Se o bem ou interesse jurídico objeto tutelado pela norma penal, cuja titularidade pertence a um particular, houver sofrido lesão ou perigo de lesão, portanto, a vítima será este, bem como o Estado, pois qualquer crime sempre é uma violação do tipo penal.

Porém, se a lesão atingir de forma mediata e subsidiária a sociedade, a vítima será, nesse caso, a coletividade, normalmente representada pelo Estado, o que legitima seu monopólio da justiça criminal.

Não obstante, se a lesão ou perigo de lesão recair sobre um bem ou interesse jurídico objeto tutelado pela norma penal, cuja titularidade pertence uma pessoa jurídica de direito interno ou internacional, nessas circunstâncias, as vítimas serão, sem margem de dúvidas, essas pessoas jurídicas, como pontuam Juan Bustos Ramirez e Larrauri:

El concepto de víctima por su origen positiva tiende a considerar víctima solo a la persona natural, con lo cual pueden darse problemas en relación sobre todo con colectivo o con asociaciones. [...]. Pero evidentemente víctima (y perjudicado) desde el punto de vista del derecho penal, puede serlo también una persona jurídica (sociedad, asociación, fundación). Respecto de ellas se deberán aplicar también las reformas propiamente procesales de protección a la víctima, [...]. (RAMIREZ; LARRAURI, 1993, p. 12, 34).

Desse modo, a vítima pode ser qualquer pessoa física ou jurídica do direito interno, ou, ainda, do direito internacional, bem como o Estado e a sociedade, desde que a lesão ou perigo de lesão recaia sobre um bem ou interesse jurídico objeto da tutela penal ou constitucional, ou, ainda, do direito internacional, cuja titularidade lhes pertence. Inobstante, apenas a vítima pessoa física merecerá a atenção do presente enfoque, haja vista o contexto da responsabilização e a efetivação dos direitos fundamentais.

Para a presente proposta, portanto, a vítima é apenas o ser humano que suporta, de modo relevante, as consequências que emergem em decorrência do evento delituoso, que, além de nada contribuir para a sua materialidade, lhe acarreta imensa diminuição em seu direito fundamental.

2.4 A vítima no contexto sociotradicional da Guiné-Bissau

A Guiné-Bissau pré-colonial, tal como a maioria dos países africanos, regia-se pelo direito costumeiro, cujo fundamento é o culto dos antepassados e a espiritualidade.

Nessa fase pré-histórica do direito costumeiro guineense, onde não havia a distinção entre os delitos penais e os de natureza civil, embora apenados de forma diferente, quem aplicava as sanções àqueles que transgredissem as regras que mantinham coesas as comunidades eram os líderes comunitários, sendo que essa função jurisdicional, em muitas vezes, confundia-se com a espiritual. Daí, também, por que a sentença proferida nesse âmbito era efetivada na sua íntegra, sem perder de vista o caráter severo das penas daquelas épocas.

Estima-se que, nessa fase pré-histórica, sentiam-se presentes mais de trinta e oito grupos étnicos dispersos por todo território guineense, principalmente na região litorânea, pois a principal atividade econômica desenvolvida por tais grupos era a agricultura, o artesanato, a pesca e a criação de animais, sendo a maioria dessas etnias originária da grande família étnica da matriz africana “*Bantu*”.

Esta convergência étnica de forma fragmentada no território guineense, adensada pelo culto dos antepassados e da espiritualidade, bem como pelas rivalidades internas entre diversos grupos étnicos, explicita também a carência de um direito costumeiro uniformizado, embora essa ausência não impeça que se faça um estudo geral de sua jurisdição.

No que tange à jurisdição do direito costumeiro da Guiné pré-colonial, observa-se que essa, como a da maioria dos países da África Negra, está intimamente ligada à espiritualidade e ao culto dos antepassados, pelo que sua submissão era espontânea.

Essa submissão espontânea deve-se aos pilares da cultura africana, entre os quais a preservação da memória do passado e a obediência aos deuses que protegem e mantêm coesas as comunidades, como consigna Rene David:

O costume está ligado, ao espírito dos africanos, a uma ordem mítica do universo. Obedecer ao costume é um testamento de respeito às memórias dos antepassados, cujas ossadas se misturam ao solo e cujos espíritos velam pelos vivos. A terra pertence aos antepassados e as gerações futuras tanto quanto, senão mais, aos homens atualmente vivos. O casamento é bem mais que uma união entre dois seres, uma aliança entre duas famílias. O indivíduo não é ignorado; a sua personalidade é reconhecida, mas, perante o exterior, é o grupo que parece como uma unidade de base. (DAVID, 1998, p. 500-501).

De fato, preservar a memória do passado e os hábitos tradicionais era uma luta incessante entre diversos grupos étnicos, sendo essa luta que explica também a dificuldade que as etnias afro-guineenses enfrentam para assimilar uma cultura externa.

Esta dificuldade, porém, não se resume apenas à vontade de preservar a memória do passado e os hábitos tradicionais, mas, e principalmente, ao temor às forças sobrenaturais e à condenação social que o incumprimento de tais hábitos acarretava para o descumpridor ou para a sua família, pelo que não lhes restava outra opção senão o respeito e obediência à tradição.

Trata-se, aqui, de uma civilização em que tudo se fundamenta sobre certos valores, tais como a preservação da memória do passado, o culto dos deuses ou forças sobrenaturais, o espírito da comunidade, respeito pelos mais velhos e ausência de classes antagônicas.

São essas as razões por que não é dado também a ninguém, senão aos líderes comunitários espirituais, após o consenso entre eles, devidamente fundamentado em uma

força espiritual ou costume que por força maior tenha sido adotado no passado, inovar ou criar exceção à jurisdição costumeira.

Essa restrição estende-se a quaisquer situações da vida etnocomunitária, inclusive as regras de convivência e culturais, estabelecidas em nome da preservação da tradição e da coesão étnica.

Importa pontuar, ainda, que o direito costumeiro não é escrito, sendo este o motivo por que suas regras são transmitidas oralmente de avós para os pais e destes aos filhos. Essa transmissão ocorre, normalmente, pela madrugada ou ao cair do sol, em uma reunião familiar ou nos templos sagrados, lugar este onde a maioria das questões de vida se discute, pelo que o resultado dali obtido é tido como um compromisso perante o sagrado. Disso resulta também o caráter confidencial das decisões e a eficácia das sentenças proferidas nesse âmbito, como ilustra Mario Lozano:

[...] o direito mais simples é aquele, ainda existente, das sociedades pré-letradas: a título de exemplo, serão examinados alguns aspectos dos direitos consuetudinários locais das sociedades da África ao sul do Saara, que possuem um direito em geral não escrito, ao qual se sobrepôs o direito europeu. O critério de distinção entre este e outros sistemas jurídicos é sua técnica de difusão: um direito consuetudinário africano é transmitido oralmente, enquanto os direitos arcaicos evoluídos e os principais sistemas jurídicos vigentes fazem uso da escrita. (LOZANO, 2007, p. 346-347).

O cerne da dissociação entre a jurisdição costumeira e a europeia, em verdade, não se reduz ao caráter não escrito e à transmissão oral do primeiro deles, mas nos fatores como o culto dos antepassados, a espiritualidade e a confidencialidade, fontes da produção do direito costumeiro.

No que tange à oralidade, observa-se que essa faz parte do próprio processo de ensino e aprendizado das etnias guineenses. Pois qualquer assunto ou questão de vida diária, seja ela uma regra deontológica de convivência comunitária ou cultural, e a sua fundamentação, inclusive a instrução básica, transmitem-se de boca a boca dos mais velhos para os mais novos.

A espiritualidade, pois, tudo o que se faz ou deixa de fazer no contexto tradicional guineense, tem sua fundamentação em uma força espiritual, tanto que as obrigações e os compromissos, bem como as sentenças da jurisdição costumeira, são proferidos nos templos sagrados de cada comunidade étnica, para que ninguém venha a subtrair o que dali ficou estabelecido ou decidido.

O culto dos antepassados, característica típica e específica de todas as etnias africanas, significa que a terra pertence aos antepassados, sendo os que nela se encontram no momento

seus usufrutuários, pelo que suas ações devem tirar obediência e fundamento apenas das memórias daqueles. Aliás, estamos em um contexto onde o ser humano tem mais valor após a sua morte do que propriamente em vida.

Outra característica importante enraizada na psique do guineense é a confidencialidade, intimamente ligada ao culto da espiritualidade, haja vista que todas as ações da vida se fundamentam no sagrado e a este obedecem.

A confidencialidade, nesse contexto tradicional, significa que tudo o que foi discutido, acordado ou decidido perante o templo sagrado ali se exaure. Com efeito, apenas os líderes comunitários espirituais são legitimados para publicitar as decisões ou recomendações às comunidades.

São essas, portanto, as fórmulas que as comunidades étnicas tradicionais da Guiné pré-colonial encontraram para inibir a influência da cultura externa e renovar ou reforçar a vigência do culto da terra, que pertence aos antepassados.

Posteriormente, bem antes de a Guiné constituir um país com limites definidos, viria a pertencer o histórico reino do grande Império do Mali, que viveu entre os séculos XIII e XVI, sendo este fato histórico a causa imediata da convergência, ainda no século XIII, de um grupo étnico bastante numeroso proveniente daquele reino, que se instalaria na região leste.

Esse grupo étnico, denominados de mandingas, cujo uso e costume se confundiam com os do Código de *Allah*, isto é, do Alcorão, haja vista que professam o Islã, vinha de um reino cuja organização social se assenta na divisão de classe, fato este que lhes facilita demarcar o espaço territorial e tornar vigente o seu direito costumeiro, baseado, principalmente, nos princípios do código da vida do muçulmano.

Já no século XIV, após o fenômeno do empobrecimento do *Sahara*, concretamente na região de Vale Delta do Nilo, emigraria a etnia fula à procura de melhores condições de vida e pastagem dos gados, instalando-se, inicialmente, no *futa touro*, no sul do Senegal. Posteriormente, emigrariam para *futadjalóm*, na Guiné Conakry, sendo que mais tarde optariam pela região leste da Guiné.

A opção pela região leste da Guiné pré-colonial se deve às planícies verdes da região, as quais facilitavam as atividades como a agricultura e criação de gados, condições essas inexistentes nos lugares de procedências.

Chegando à Guiné pré-colonial, os fulas, que habitavam na região do *Sahara* pré-histórico, após uma convivência pacífica duradoura com os mandingas, travaram conflitos sangrentos com esses últimos, sendo estes vencidos e empurrados para o interior do território

guineense. Sedimenta-se, assim, a profecia do Islã e a aplicação do seu código, a *Al Shar'ia*, na Guiné pré-colonial.

A convergência desses dois grupos étnicos na Guiné pré-colonial, os mandingas e os fulas, respectivamente, explicita também a comunhão história entre a jurisdição costumeira, até então baseada em usos e costumes da matriz africana, e as regras do código de vida do muçulmano, a *Al Shar'ia*. Vale pontuar que, posteriormente, muitas etnias até então animistas, que professavam o culto de espiritualidade da matriz africana, optaram pelo islamismo.

No que tange aos crimes e suas apenações, importa anotar que, na Guiné pré-colonial, não existia a separação inequívoca entre os crimes privados e os de ordem pública, e sequer se conheciam os institutos jurídicos do direito ocidental, como a equidade, princípios gerais do direito, entre outros.

Consumando-se o crime, pouco importava verificar se sua natureza era pública ou privada, apenas nascia para a vítima e sua família, ou sua comunidade, o direito de responsabilizar e infligir castigo ao infrator, sendo que, na maioria das vezes, o castigo transferia-se para a sua família ou comunidade, o que gerava atos de revides. Embora se pudessem sentir, ainda que menos claramente, apenações brandas para determinados tipos de crimes, principalmente os de fraco potencial ofensivo.

A regra era, pois, que, se praticado um crime de fraco potencial ofensivo, como, por exemplo, furto, roubo ou incumprimento de uma dívida, se o lesado e o infrator pertencessem à mesma comunidade étnica, quem impunha a pena para o infrator e a executava era a família da vítima.

Em caso de comprovada inabilidade econômica e financeira do infrator para cumprir com as obrigações impostas, essa se transferia para a sua família, que, dentro do prazo estipulado, devia restituir o objeto subtraído e reparar o dano à pessoa da vítima ou a sua família.

Escoado o prazo sem que a família do infrator efetivasse as obrigações, ou seja, sem restituir o objeto subtraído e reparar o dano, esse ato era interpretado como a exclusão do infrator e seu deferimento para o julgamento por força própria da vítima ou de sua família, até o limite da dívida, ou conforme conviessem, podendo ser morto por elas.

Porém, se a vítima e sua família optarem simplesmente pela devolução do objeto subtraído ou *quantum* da dívida, dependendo de caso para caso, nessas situações, também estão legitimados a forçar o infrator a devolver o objeto da mesma espécie ou de espécie diversa da subtraída.

Caso o infrator não cumpra a obrigação imposta também à vítima e sua família, são legitimadas a impor-lhe o trabalho forçado por lapso de tempo necessário para compensar os prejuízos. Segue-se a essa pena o preço de sangue, isto é, o animal a ser oferendado aos deuses da família da vítima.

Em algumas situações, dependendo de comunidade para comunidade étnica, se o infrator não devolver o objeto subtraído, nem satisfizer a indenização e o preço de sangue, nasce, para a vítima e sua família, o direito de confiscar seus bens ou, em caso de este não possuir nenhum bem, o direito de executá-lo.

Entretanto, se constatado que sua inabilidade se deve a um motivo de força maior, sua família ou a comunidade étnica pode adimplir as obrigações espontaneamente, depois se resolvendo com o infrator, em uma espécie de ação regressiva.

Caso o infrator seja reincidente inadimplente a sua execução se torna uma realidade, podendo ser efetivada ou pela família da vítima ou pela sua própria família, pois praticar crime, no contexto tradicional guineense, constitui não somente um ato vergonhoso para a família do infrator ou a sua comunidade étnica, mas uma ofensa à boa memória dos antepassados e aos deuses da família.

Ser justo, nesse contexto, implica agir de forma que sua conduta não fira a boa memória dos antepassados, não ofenda os deuses da família e a comunidade, não envergonhe a família presente e não crie situações que possam comprometer a coesão etnocomunitária, como reitera Rene David, que para quem “o verdadeiro sentido do justo, no contexto africano, liga-se, antes de tudo, à necessidade de assegurar a coesão do grupo e de restabelecer a concórdia e a boa harmonia entre os seus membros”. (DAVID, 1998, p. 502).

Discorrendo, ainda, sobre os crimes de fraco potencial ofensivo, importa referir que esses, se cometidos contra membro de um grupo étnico diverso do infrator, aplicam-se às mesmas apenações anteriormente evidenciadas.

Entretanto, em caso de incumprimento da pena ou obrigação imputada, como, por exemplo, a restituição, a indenização e a cabeça de sangue, a obrigação converte-se em cabeça do infrator, a sua morte.

Se, porém, a vítima é um membro de grupo rival, o conflito resolve-se pela cabeça do infrator, inclusive de sua família, o que gera incessantes conflitos e extermínios, sendo o grupo vencido anexado ao vencedor e a este se submetendo.

Cumprido sublinhar que todas as formas de resolução dos conflitos de fraco potencial ofensivo até aqui evidenciadas sentiam-se presentes em diversas etnias da Guiné pré-colonial,

exceto nas comunidades étnicas fulas e mandingas, as quais submetiam seus conflitos de interesse à *Al shar'ia*, embora essas duas últimas tenham traços culturais diferentes.

No que diz respeito aos crimes contra a vida, observa-se que esses, por constituírem uma ofensa contra a vida humana, bem esse insubstituível ou impassível de ser compensado por outro bem, considerando ainda que, no contexto tradicional guineense, o ser humano torna-se mais valorizável após a sua morte, as apenações para esses tipos de crimes são severas e muitas vezes desumanas.

A regra é a de que, se um membro de uma família cercear vida de outro do mesmo grupo étnico, a pena de morte deve ser aplicada ao infrator, como forma de evitar infringir o tabu que proíbe matar o membro da própria comunidade étnica, pelo que se organiza então uma batalha fictícia, na qual o réu é acidentalmente morto ou confia-se a sua morte aos jovens da própria etnia da vítima, ou de uma etnia rival.

Em algumas comunidades, é a própria família do infrator que organiza a execução deste, pois ceifar a vida de um membro da própria comunidade, no contexto tradicional guineense, não implica apenas a perda de um ente querido para a família da vítima ou a sua comunidade, mas um endividamento moral da família do infrator perante a mesma comunidade e seus deuses, pelo que, na maioria das vezes, essa família é convocada a abandonar a comunidade, correndo sérios riscos de ser escravizada ou anexada pelos grupos rivais.

Observa-se que, nos crimes de fraco potencial ofensivo, a pena por cabeça é quase uma pena substitutiva; nos crimes contra a vida, porém, é a penal principal e aplica-se cumulativamente com a de preço de sangue, ou seja, os animais que serão oferendados às forças espirituais da família enlutada e da do próprio infrator – esta última no sentido de evitar que um membro da mesma família volte a incorrer no mesmo erro de cercear uma vida humana.

O preço de sangue é arcado pela família do infrator, sendo assim, caso não seja levado a efeito por esta na data marcada, este fato implica na sua ridicularização pelos demais integrantes da comunidade, ou a sua expulsão.

É importante assinalar, ainda, que, se o crime contra a vida é cometido contra um membro de uma comunidade étnica diversa à do infrator, a vingança ilimitada de sangue contra este e sua família, ou sua respetiva comunidade, será uma realidade.

Para efeito, organiza-se também uma vingança de sangue, mediante os atos de retaliação ou extermínio contra o infrator e sua família, ou, ainda, contra a sua comunidade,

sendo a comunidade vencida anexada à do vencedor, sem perder de vista a batalha espiritual e o preço de sangue.

Deve-se observar, por outro lado, que inversamente ao contexto ocidental, no qual os crimes contra a vida constituem uma ofensa em face de uma determinada pessoa, a vítima individual, no sistema sociotradicional guineense a mesma ofensa é contra uma comunidade étnica inteira.

Este impulso comunitário que o crime adquire no espírito do guineense explica também o porquê de a jurisdição costumeira não se contentar apenas em aplicar a pena para o infrator, mas em criar condições para que as responsabilidades sejam assumidas, as mágoas mitigadas e a reconciliação seja alcançada, e, com isso, inibem-se não só as futuras retaliações, mas mantém-se a coesão etnocomunitária.

Para o feito reconciliatório, os líderes comunitários espirituais organizam uma reunião *ad hoc* na qual traçam a fórmula por meio da qual será baseado o procedimento conciliatório, bem como o pagamento do preço de sangue, a ser oferecido ao espírito do templo onde correrá todo o processo.

Os líderes comunitários espirituais, chegando a um consenso quanto às fórmulas, convocam as famílias envolvidas no conflito, a da vítima e a do infrator, a comparecerem no templo no dia e na hora marcadas.

Comparecendo as famílias e alcançado a reconciliação, a família da vítima se compromete oralmente, perante o sagrado, à renúncia da vingança, e a família do infrator compromete-se também a pagar o preço de sangue, devendo todas elas tirar obediência às promessas feitas perante o sagrado, sob pena de suas cabeças à morte. Logo depois, cabe a cada líder comunitário espiritual, ou seus delegados, convocar uma reunião para testemunhar o ato conciliatório.

No que toca aos crimes praticados no âmbito das comunidades étnicas que professam o Islã e suas apenações, observa-se que, nessas, se o crime cometido é de fraco potencial ofensivo, aplicam-se as regras costumeiras ou essas em comunhão com as da *Al Shar'ia*, dependendo de cada caso. Porém, se o crime é de forte potencial ofensivo, como, por exemplo, os crimes contra a vida, aplicam-se apenas as regras da *Al Shar'ia*.

Na jurisdição dessas comunidades, portanto, o Código da *Al Shar'ia* se sobrepõe em larga escala à jurisdição costumeira. Essa prevalência se dá pois a *Al Shar'ia* é um conjunto de normas prescritas por *Allah*, Deus pai todo-poderoso islâmico, de quem o crente dessa religião espera misericórdia no além.

Mais tarde, já com certo grau de organização social, surgiriam, na Guiné pré-colonial, novas formas de administração tradicional territorial, inclusive da jurisdição costumeira, denominadas sociedade horizontal e a vertical. Este consiste em uma forma de organização comunitária típica de grupos étnicos que tiveram contatos com outros povos ou culturas, que convergiram para o território guineense, a partir dos séculos XIII e XIV, os mandingas e os fulas, respectivamente. Enquanto que a aquela corresponde a uma organização característica das comunidades étnicas autóctones ou nativas, isto é, as primeiras que povoaram o território guineense, e, por isso, mantêm intactas as suas culturas. Enquanto que a vertical

São essas novas formas de organização social comunitária, portanto, que vão operar mudanças significativas na organização de sua jurisdição costumeira, senão vejamos: na sociedade horizontal, embora já se dispusesse de certa organização da jurisdição costumeira, as divergências ou os conflitos de interesses terminam quase sempre em atos de vingança. Já na vertical, por ser a mais organizada, sua jurisdição costumeira denota mais consistência, haja vista a existência de uma autoridade competente, que chama para si a gestão de conflitos, e, portanto, sem mínima margem para os atos de vingança ou justiça à mão própria.

Assim, pois, se cometido o crime contra a vida, se na sociedade horizontal, e se capturado o infrator, este é submetido ao julgamento perante o conselho de anciãos ou líderes comunitários espirituais de cada núcleo comunitário, dependendo de cada caso, ou de comunidade para comunidade étnica.

Se o infrator se põe em fuga, a responsabilidade de entrega-lo atribui-se, em primeira instância, à sua família, sob pena de ser ridicularizada pela comunidade. E, em segunda instância, a toda a comunidade, normalmente representada pelo líder comunitário, pelo que este delega a seus homens capturar o infrator em fuga.

A fuga, que normalmente acontece, deve-se à severidade das penas aplicadas, quase sempre físicas, pelo que os infratores tendem a subtrair-se dessa justiça sumária, principalmente quando a vítima pertence a um grupo étnico diverso ao do infrator ou rival.

Observa-se, no contexto tradicional guineense, que quem vê outra pessoa a cometer o crime está obrigado a entrega-lo à autoridade competente, normalmente os líderes comunitários espirituais. Todos os membros de uma comunidade étnica têm por obrigação, portanto, preservar a boa memória do passado e obedecer aos deuses que protegem a coesão comunitária.

Caso haja dificuldade em capturar o infrator, aquele que presenciou o fato criminoso deve se dirigir ao líder comunitário espiritual e noticiar a sua ocorrência, e este irá confiar a seus homens, normalmente jovens guerreiros fortes, fazer cerco e capturar o infrator.

No que concerne às apenações, observa-se que, pelo novo modelo de gestão de conflitos, ao contrário do antigo, a pena por cabeça (de morte), a vingança de sangue e a batalha espiritual ou fictícia passam a ser reservadas para as situações de fuga do infrator, a reincidência ou o incumprimento da pena imputada. Já o preço de sangue, a indenização e o trabalho forçado ou escravização aplicam-se nas demais situações, inclusive nos crimes de fraco potencial ofensivo. Em caso de incumprimento dessas últimas, a cabeça do infrator e a ridicularização de sua família, ou expulsão desta, tornam uma realidade.

Se, porém, cometido o crime contra a vida, se na sociedade vertical, atendendo que esta é bem estruturada, com um poder central ou local que chamou para si a gestão do conflito, cria-se um tribunal *ad hoc* na qual o infrator será julgado e apenado, em conformidade com as regras do Código da *Al Shar'ia*.

Seguindo, ainda, o novo modelo da jurisdição costumeira, importa assinalar que, se praticado o crime, como, por exemplo, de furto, roubo ou endividamento, se na sociedade horizontal, responsabiliza-se o infrator pela restituição do objeto subtraído, mais acréscimos em forma de indenização, em benefício da pessoa da vítima e sua família.

Se o infrator cumprir as obrigações imputadas, considera-se restaurado o dano e superado o conflito, sendo que o preço de sangue resolve-se depois no templo sagrado. Se, porém, a obrigação não foi levada a cabo pelo infrator e nem pela sua família, captura-se aquele e submete-o a trabalho forçado, até o limite temporal necessário para satisfazer a obrigação imposta, sendo todo rendimento revertido em benefício da vítima ou sua família.

Já na sociedade vertical, se cometidos os crimes como de furto, roubo ou endividamento, aplicam-se as apenações costumeiras ou as regras do Código da *Al Shar'ia*, dependendo de caso a caso e de comunidade para comunidade. Deve-se lembrar, aqui, que a pena por preço de sangue não se aplica na jurisdição das comunidades étnicas que professam o Islã.

Torna relevante pontuar, ainda, que em ambas as formas de administração da jurisdição costumeira, a horizontal e a vertical, respectivamente, se cometidos os crimes como os de furto, roubo ou endividamento, entre outras infrações de fraco potencial ofensivo, desde que o infrator e a vítima sejam integrantes de uma mesma comunidade étnica, podem solicitar

a nomeação de um árbitro, que dirimirá o conflito no limite de suas vontades oralmente expressas.

Nota-se que, na jurisdição da sociedade horizontal, por exemplo, se as partes não ficarem satisfeitas com o árbitro nomeado pelo líder comunitário espiritual, o caso poderá ser submetido a outra pessoa. Já na sociedade vertical, essa liberdade máxima diminui, pois é o poder local quem assume o compromisso de administrar a justiça costumeira.

Resolvido o conflito pelo árbitro, se na jurisdição horizontal, a vítima e sua família comprometem-se, junto ao sagrado, a que vão renunciar à vingança. Já o infrator e sua família se comprometem a pagar o preço de sangue. Com efeito, o conflito é dado por superado e a decisão irrevogável. Se, porém, na vertical, o processo corre perante um tribunal *ad hoc*, sob as ordens do árbitro e supervisionado pelo poder local.

Como se nota, pelo sistema sociotradicional da República de Guiné-Bissau pré-colonial, a reparação de dano é muito mais importante que a punição do infrator ou a aplicação da pena de prisão como medida correcional, principalmente quando aquele e a pessoa da vítima são integrantes de uma mesma comunidade.

Ocorre, porém, que com a colonização portuguesa, principalmente após a Conferência de Berlim, realizada entre 15 de novembro de 1884 e 26 de fevereiro de 1885, evento histórico cujo objetivo era organizar, por meio de regras, a ocupação da África pelas potências coloniais, a qual teve como resultado a divisão territorial do continente africano pelas potências colonizadoras, a província ultramarina de Guiné (antiga Guiné), até então regida pelo direito costumeiro em comunhão com o islâmico, passa a reger-se, em parte, pelo antigo direito português.

A jurisdição portuguesa, muitas vezes, sobrepunha-se às costumeiras e às islâmicas, principalmente nos grandes centros urbanos ou quando o conflito de interesses diz respeito à esfera privada dos colonos portugueses ou entre esses e os assimilados, ou, ainda, estes entre si.

Pela assimilação, entende-se o processo por meio do qual o guineense nativo, após um período probatório, no qual deve demonstrar renunciado o culto da espiritualidade de matriz africana, em prol da religião católica, emancipa-se e, por isso mesmo, é considerado apto para a convivência com os colonos portugueses.

Diferentemente dos assimilados, os não assimilados, isto é, os assim chamados na época colonial de indígenas, aqueles que continuam a professar o culto da matriz africana, como a espiritualidade e a memória dos antepassados, e, por isso mesmo, considerados

inaptos para a convivência com os colonos portugueses, não tinham o acesso ao processo de ensino e aprendizagem, e sequer permaneciam nos centros urbanos depois das 18 horas. Com efeito, tinham seus conflitos de interesses submetidos à jurisdição costumeira ou à islâmica.

Dessa forma, pois, em caso de conflito de interesse entre o assimilado e um colono português, aplicava-se a jurisdição portuguesa. Se entre um português e um indígena, ou entre este e um assimilado, também se aplicava a jurisdição portuguesa. Se, porém, os indígenas entre si, submetem-se à jurisdição costumeira ou à islâmica.

Não há dúvidas, portanto, de que o antigo direito português, embora fundado no postulado de tratamento igualitário e digno, a sua jurisdição estava assente em uma ideologia discriminatória e de testemunhar a superioridade da civilização portuguesa sobre usos e costumes dos autóctones, bem como da sua jurisdição.

Vale destacar, porém, que a dissociação entre o direito público e o direito privado, ou entre as infrações cíveis e as de natureza penal, bem como a publicitação dos institutos jurídicos como os da equidade e os princípios gerais do direito, etc., tal como se conhece hoje na Guiné-Bissau, devem-se ao transplante do antigo direito português e sua jurisdição.

Também, foi o transplante do antigo direito português e sua jurisdição na província de Guiné o começo do abandono paulatino do modo de vida sociotradicional e da jurisdição costumeira, para os de uma concepção da ordem jurídica e social rígida e formalista cuja pena de prisão uma medida correcional, incompreensível para os guineenses.

Não custa, por fim, lembrar que, em relação aos delitos penais, os colonizadores portugueses sempre se esforçaram, desde o início, para eliminar certas práticas nefastas e abusivas fundamentadas na tradição, embora a maioria da população guineense continuasse a viver como sempre viveram seus antepassados até a época da independência, em 24 de setembro de 1973, reconhecida oficialmente por Portugal em abril de 1974.

Com a proclamação da independência, a atual República da Guiné-Bissau enfrentando problemas de várias ordens, principalmente no que tange à Administração Pública e à Judicial, não resta ao novo Estado outra opção a não ser transplantar, por completo, o modelo de Administração jurídico-social do país colonizador.

O modelo transplantado, apesar de apresentar notório avanço em relação ao costumeiro, conflita, em larga escala, com os usos e costumes dos guineenses, principalmente no que concerne à gestão do conflito e, em específico, à compensação de danos às vítimas, que, como vimos, precede quaisquer outras obrigações processuais fixadas em uma sentença condenatória.

Pois a compensação de danos, no contexto sociotradicional guineense, visa, de um lado, mitigar o sofrimento, a dor da alma e restaurar, dentro do possível, os prejuízos suportados pela vítima ou sua família, até porque, quando satisfeitos minimamente os prejuízos, a vítima e sua família consideram superado o conflito e renunciam aos atos de vingança. Por outro, visa atenuar a pena por cabeça, se ao infrator, ou a expulsão e ridicularização, se à sua família.

Ainda, a compensação de danos nutre suma importância, haja vista que inibe também os atos de vingança e execuções, retaliação e extermínios, e a pena de prisão como medida correcional, bem como abre as portas para a reconciliação entre o infrator e a vítima, ou entre sua família e a comunidade étnica.

Em face de tudo quanto até aqui exposto, não sobram dúvidas também de que um modelo de gestão de conflito criminal, baseado na prevenção geral ou especial, com foco demasiadamente concentrado no infrator para intimidar ou punir, ou ressocializar, onde a pessoa da vítima, além de ser relegada para o lugar periférico do processo, sequer é compensada pelos prejuízos que haja suportado, é incompatível com a realidade guineense.

Essa incompatibilidade explícita, por um lado, o descrédito da maioria da população guineense na jurisdição oficial do Estado da República da Guiné-Bissau e, conseqüentemente, a ineficácia das decisões proferidas nesse âmbito. Por outro, o motivo pelo qual continua a vigor a jurisdição costumeira baseada na espiritualidade e no culto da memória dos antepassados, bem como o recurso às prescrições do código de vida do muçulmano, a *Al Shar'ia*, por crentes dessa profecia religiosa, sendo que as decisões proferidas nessas duas últimas jurisdições se sobrepõem, em larga escala, às proferidas no âmbito oficioso ou estatal.

São, portanto, essas e outras razões por que a presente proposta procura estudar uma reparação civil *ex delicto*, capaz de amoldar o paradigma assente nos valores como os da inclusão, da paz jurídica e social, e da dignidade da pessoa humana, e que pugna pela responsabilização e efetivação dos direitos fundamentais, bem como que consiga obter subsídios os quais vão possibilitar, à jurisdição oficiosa da República da Guiné-Bissau, absorver a costumeira de matriz africana, inibindo-se, com isso, o recurso às práticas irracionais superadas pelo tempo, como a espiritualidade ou o recurso ao Código da *Al Shar'ia*.

Enfim, logo após a independência, a República da Guiné-Bissau adotou, por sua livre opção, o modelo do Estado Democrático. Portanto, deve reger-se pelos valores e princípios que informam e fundamentam esse regime.

2.5 A vítima sujeito de direito e passivo do delito no Estado Democrático

A vítima, como vimos, é o ser humano que suporta, de modo relevante, as consequências que emergem em decorrência do evento delituoso, que, além de nada contribuir para a sua materialidade, este lhe acarreta imensa diminuição em seu direito fundamental.

Seguindo essa definição, ressalte-se, entre nós, a questão concernente com a titularidade do bem jurídico objeto tutelado pela norma penal, aos interesses e às vontades envolvidas, bem como à fórmula por meio da qual se deve dirimir o conflito. Nessa perspectiva, anota Antonio Scarance Fernandes que:

[...] todo aquele que é atingido pelo crime, sofrendo algum dano em razão do seu cometimento, será sujeito passivo. O sujeito passivo será o titular do interesse cuja ofensa constitui a essência do crime. Importa, em cada caso concreto, identificar o objeto jurídico do crime, pois só dessa forma será possível verificar qual o interesse penalmente protegido. Ante a variedade de interesses protegidos pela norma jurídica penal, amplo é o âmbito do sujeito passivo. Pode ser qualquer sujeito dotado de personalidade jurídica, pessoa física ou jurídica, de direito privado ou de direito público, e, até mesmo, aos organismos ou associação sem personalidade jurídica, como a família, a sociedade, a coletividade; o sujeito passivo eventual, aquele que, em cada crime, é objeto de especial proteção do legislador. É, nesse sentido, portanto, que está usada a expressão sujeito passivo. (FERNANDES, 1995, p. 44).

Realmente, ante a multiplicidade de interesses que se avultam em decorrência da materialidade do delito, somente a identificação do bem ou interesse jurídico penal lesado possibilitará vislumbrar o verdadeiro sujeito passivo do delito.

Para Cezar Roberto Bitencourt, “há um sujeito passivo mediato e imediato, sendo que o sujeito passivo imediato do crime ou direto é o titular do bem”. (BITENCOURT, 2009, p. 243). Registra ainda Bitencourt (2009) que, pelo aspecto formal, o Estado é sempre o sujeito passivo do crime, que poderíamos chamar de sujeito passivo mediato. Já pelo aspecto material, o sujeito passivo direto é o titular do bem ou do interesse lesado. E ressalta que o próprio Estado pode ser qualificado de sujeito passivo imediato do crime, quando a lesão recaia sobre um bem ou interesse jurídico cuja titularidade pertence a sua esfera privada, como, por exemplo, os crimes contra a administração pública.

Dessa forma, toda vez que a lesão ou perigo de lesão recaia sobre um bem ou interesse jurídico penal, cuja titularidade pertence a um particular, esse será o sujeito passivo imediato do crime. Entretanto, se a mesma lesão ou outra qualquer recair sobre um bem ou interesse jurídico penal, cuja titularidade pertence ao Poder Público, inegavelmente, este será o sujeito passivo imediato do crime. Se, porém, a lesão tiver recaído sobre um bem ou interesse jurídico penal, cuja titularidade diga respeito apenas à esfera privada do particular, observa-se

que, embora o referido bem não pertença ao patrimônio do Poder Público, mas atendendo ao fato de que o crime, por si só, é uma violação do tipo penal, o Estado será sujeito passivo imediato e formal do crime, e o particular, sujeito passivo imediato e material do mesmo crime. Desse modo, o Estado é sujeito passivo constante do crime.

Inobstante, existem algumas situações nas quais, atendendo à natureza do bem ou interesse jurídico penal lesado, torna-se difícil, senão impossível, identificar o seu verdadeiro titular. Nessas situações, atendendo ao fato de a lesão recair de forma rateada para todos os partícipes da vida em comunhão, a sociedade será sujeito passivo imediato do crime. Daí tem-se, inegavelmente, o que a doutrina convencionou em chamar de vítima difusa.

É o que ocorre, por exemplo, nos casos de crimes contra a economia popular, meio ambiente, crimes organizados e, entre outros, nos quais não se pode fracionar a pessoa visada pelo ato delituoso. Nessas circunstâncias, o sujeito passivo imediato e material do crime será a sociedade como todo. Vale recordar que o Estado também será sujeito passivo imediato e formal, haja vista a violação da norma jurídica penal.

Essa perspectiva classificatória sobre o sujeito passivo do delito, contudo, revela-se limitada. Pois omite a pessoa da vítima prejudicada, que, apesar de não ser o titular do bem ou interesse jurídico penal lesado, é quem suporta, de forma mediata, as consequências do crime.

Nesse sentido, anota Luiz Regis Prado: o sujeito passivo é “aquele que tem a titularidade do bem jurídico protegido pela norma penal ou ainda é titular do interesse cuja ofensa constitui a essência do crime”. (PRADO, 2002, p. 216). E ressalta Prado (2002): podem figurar como sujeito passivo a vítima e o ofendido, bem como a pessoa jurídica, a coletividade, o Estado ou a comunidade internacional, de acordo com a natureza do delito.

Desse modo, pode ser sujeito passivo imediato do crime: o particular, quando o bem ou interesse jurídico penal lesado diz respeito a sua esfera privada; a pessoa jurídica de direito interno pública ou privada, desde que a lesão ou perigo de lesão recaia sobre seu bem ou interesse jurídico penal; o ofendido (cremos os prejudicados pelo evento delituoso danoso), desde que suporte a lesão; a coletividade, isto é, todos os partícipes da vida em comunhão, quando o bem ou interesse jurídico penal lesado é de interesse público; o Estado, quando a lesão recaia sobre seu patrimônio específico; e a comunidade internacional, nos casos da violação dos direitos humanos fundamentais ou incumprimento de direitos e obrigações assumidas pelos Estados no âmbito do direito internacional.

Essa perspectiva, embora assinala certa progressão em relação à anterior, revela-se também insuficiente, pois não deixa transparecer os sujeitos passivos mediatos, isto é, os

terceiros prejudicados pelas consequências do delito. Ademais, sequer dissocia a pessoa da vítima do ofendido.

A despeito disso, sublinha Heitor Piedade Junior: “a palavra vítima se restringe a crimes contra a pessoa; ofendido, para os crimes contra a honra e contra os costumes; e, lesado para os crimes patrimoniais”. (PIEDADE JÚNIOR, 1996, p. 184).

Denota-se, nessa perspectiva, que a palavra vítima é reservada para o evento delituoso cujo resultado é o comprometimento imediato à vida do ser humano, isto é, do próprio sujeito passivo imediato e material. Ofendido, para o evento delituoso cujo efeito atinge de forma mediata o ser humano ou a coletividade. Já lesado, para os crimes patrimoniais sindicados na seara cível. Ressalta-se, contudo, existência de situações em que o titular do bem jurídico ofendido pode sofrer igualmente as consequências civis do fato delituoso.

A expressão vítima emprega-se, portanto, somente quando o evento delituoso é de forte potencial ofensivo. Ofendido, para os de fraco potencial ofensivo. E lesado, para os delitos de fraco potencial ofensivo, porém da seara cível.

Essa perspectiva também não está imune a imprecisão, pois não especifica, inequivocamente, quais são os crimes que podem ser caracterizados como contra a pessoa e sequer possibilita identificar, com nitidez, o possível sujeito passivo do crime.

Registra-se, ainda, a classificação proferida por Edgard de Moura Bittencourt, para quem:

O sujeito passivo de todos os delitos é Estado-Administração, que é o titular do interesse tutelado pela norma penal. Mas ao lado desse sujeito passivo constante de todos os delitos, há o sujeito passivo eventual, que é o titular de interesse concreto lesado ou ofendido pelo delito nesse sentido específico, pode ser sujeito passivo, todo o homem como criatura viva, não o cadáver. E quando se fala o homem, entende como tal a criatura psico-físico enquanto titular dos interesses protegidos [...], podem ser consideradas como possíveis sujeitos passivos de delito o indivíduo, a família, a sociedade, o Estado e a sociedade de Estados. O problema do sujeito passivo não é de personalidade jurídica, mas de gravitação dos interesses relacionados a determinados núcleos sociais. (BITTENCOURT, 1963, p. 53).

Como lecionado, o Estado pode ser ao mesmo tempo o sujeito passivo imediato, formal e constante do crime, pela simples violação do tipo penal, ou sujeito passivo imediato, eventual e material, nos crimes contra os bens de seu patrimônio ou de interesse público. Já o particular, o sujeito passivo imediato, material e eventual do crime, por ser o titular do bem, ou interesse jurídico lesionado, ou posto em perigo de lesão.

Seguem-se ainda a família, como sujeito passivo mediato eventual do crime, principalmente, quando a lesão resultar em invalidez ou em morte do titular do bem, ou em interesse jurídico que aquela dependia para se manter.

A sociedade, sujeito passivo mediato constante, pois o crime constitui, por si só, o rompimento ou a perturbação à paz social, e, sujeito passivo imediato eventual, nas situações em que a ofensa recai de forma rateada para todos os partícipes da vida em comunhão como, por exemplo, nos crimes ambientais.

Já a sociedade de estados, sujeito passivo imediato/mediato, nas contendas que dizem respeito aos interesses e vontades no âmbito do direito internacional.

Essa perspectiva classificatória, embora não esteja imune a falhas, haja vista que não apresenta uma inequívoca dissociação entre a figura da vítima, do ofendido e do lesado, sequer possibilitando identificar o regime jurídico dos mesmos, representa um progresso em relação às anteriormente evidenciadas, em razão da inclusão da família da vítima no rol dos presumíveis sujeitos passivos do crime, juntamente com a sociedade, o Estado e a sociedade de Estados.

Em se tratando do Delito Rei, isto é, do evento delituoso cujo resultado é a morte do sujeito passivo, material e eventual do crime – “o morto” –, o Estado será, naturalmente, o sujeito passivo imediato e formal, haja vista a violação do tipo penal. Também a sociedade, sujeito passivo mediato e eventual, pois o Delito Rei, além de cercear a vida humana, rompe com a paz social.

Registram-se, ainda, a família e dependentes necessitados, os quais dependiam do morto para se manter, como sujeito passivo eventual e mediato do crime. A esses, pois, o Delito Rei constitui o sofrimento, a dor da alma e imensa diminuição de seus direitos fundamentais, como, por exemplo, a existência condigna.

É importante acentuar, também, que se “o morto” era um agente público, sendo em estrito cumprimento dessa função que alguém venha a lhe cercear a vida, nessas circunstâncias, o Poder Público também será sujeito passivo mediato e eventual do delito, pois em seu nome que aquele exercia a função no momento da consumação do delito.

Diante do exposto, queremos que fique claro, que, quando consumado o Delito Rei, nem sempre o que está em jogo é a titularidade do bem, mas, e principalmente, à vontade e o interesse jurídico objeto tutelado pela norma penal.

No que tange à vontade de cada sujeito passivo do Delito Rei, observa-se que essa ficará à sorte da satisfação de interesses envolvidos, senão vejamos: a) o interesse do Estado, haja vista a violação da norma penal prescrita, cuja vigência desejará ver renovada e reforçada; b) o interesse da sociedade, pois há ofensa ao valor vida humana e o comprometimento da paz social, pelo que desejará ver reprimida a ofensa e restaurada essa

paz; c) o interesse dos familiares e dependentes carentes, os quais dependiam do falecido para se manter, haja vista o sofrimento, a dor da alma e o comprometimento da vida saudável e digna, que também desejarão ver os males curados e a restauração da vida ante o evento delituoso; e d) o interesse do infrator ou quem materializou o Delito Rei, o qual desejará retornar ao convívio social.

Conclui-se, dessa forma, que o Delito Rei é, por excelência, um conflito de interesses e vontades, assim sendo, somente quando curados os interesses e vontades de todos os envolvidos no conflito, é que a paz jurídica e social ficará restaurada, sendo essa restauração condição *sine qua non* para o retorno do autor do ilícito ao convívio social com maior segurança.

Por outro lado, são sujeitos passivos do Delito Rei: o Estado, a sociedade e os vitimados, ou seja, a família e os dependentes necessitados que dependiam do falecido para se manter.

Não padece dúvidas também de que os sujeitos ativos da reparação civil *ex delicto* no âmbito do Delito Rei são: o infrator e a sociedade representada pelo Estado. O infrator, por ser quem ofende os bens ou interesses privados da vítima e a paz jurídico-social. E o Estado, como se verá, por ser quem se incumbe constitucionalmente de remir a pobreza e a marginalização, bem como de promover o bem-estar social. Sobre este ponto de vista leciona Edgard de Moura Bittencourt que:

A sociedade não deve e não pode desamparar a vítima. Quando o infrator tem recursos, é simplesmente a restituição do equilíbrio econômico, com a correlata ação de indenização, que a lei civil outorga o ofendido contra o ofensor. Mas quando este não tem com que indenizar ou pelo menos com que indenizar cabalmente (talvez seja em maioria dos casos), restará a justiça social, pelo desequilíbrio econômico. [...] A reparação de natureza social visa a recompor o desajuste e age em nome de uma necessidade da vítima ou de seus dependentes, não assim de uma reintegração muita vez do supérfluo. Pois, também o indivíduo como ser social, cabe suportar os danos, os meios de manutenção e sobrevivência, quando a composição completa desses danos não pode ser obtida do próprio autor do delito. (BITTENCOURT, 1963, p. 34).

Na verdade, ser vítima do Delito Rei não sentencia o encaminhamento do cidadão para extrema pobreza ou a sua marginalização, sequer é sinônimo de uma condenação por morte lenta. Assim sendo, em caso de o infrator identificado e preso, porém sem condições econômica e financeira para arcar com os custos de prejuízos que sua conduta delituosa haja causado a terceiros, o Estado deve entrar em ação, assistindo a vítima ou a família e dependentes necessitados desta – o vitimado. A responsabilidade assistencial do Estado em benefício do vitimado, portanto, é uma exceção e não a regra.

Convém pontuarmos, aqui, que em um Estado Democrático, o direito é um conjunto de normas jurídicas cuja produção e aprovação resulta da convergência de vontade expressa de todos os partícipes da vida em comunhão, ou através de seus representantes legitimamente eleitos para tal feito, sendo a função dessa nova ordem jurídica instituída a de preservar a paz jurídica e social.

Disso emerge, também, a necessidade de o modelo do *persecutio* penal vigente, cujo circuito prevenção geral ou especial, com foco no infrator para intimidar ou punir, ou ainda, para ressocializar, isto é, dito da melhor forma, atender aos interesses do Estado de renovar e reforçar a vigência da norma jurídica violada ou de evitar a reincidência, bem como os do infrator de socializar-se e reintegrar-se ao convívio social, deve transmutar-se para a promoção de valores como os da inclusão, da paz jurídico-social e da dignidade da pessoa humana, bem como a responsabilização e efetivação dos direitos fundamentais do vitimado. Nesse sentido, denuncia Jeremy Bentham que:

Segundo o princípio de utilidade, as penas legais são males, que devem recair acompanhados de formalidades jurídicas sobre indivíduos convencidos de terem feito algum ato prejudicial, proibido pela lei, e com o fim de se prevenir semelhante ações para o futuro. [...] o que justifica castigo é a sua maior utilidade, ou, para melhor dizer, a sua necessidade. Quando acontece um ato nocivo, um delito, dois pensamentos devem oferecer ao espírito do legislador ou do magistrado: o modo de prevenir o crime para que não torne acontecer, e o meio de reparar quanto for possível o mal, que tem causado. (BENTHAM, 2002, p. 20-22).

Dessa forma, pois, o magistrado apenas deve obediência à Constituição, por isso mesmo, a sua intervenção deve orientar-se sempre pela máxima realização dos fundamentos nela salvaguardada e, por via de consequência, reforçar e renovar a vigência do princípio da dignidade da pessoa humana, bem como a própria ordem jurídica democraticamente instituída.

Nada mal recordar que o Direito Penal representa, na ordem jurídica democrática, um complexo de normas jurídicas axiológicas e deontológicas que impõe a todos, inclusive ao Poder Público, o dever de submissão e respeito aos mais altos valores ou interesses da vida em comunhão.

Essa é a razão por que, na atualidade, uma resposta jurídico-penal apenas será tida por legítima se tirar fundamento da ordem jurídica democraticamente instituída e for capaz de garantir a máxima preservação de uma existência digna para todos os partícipes da vida em comunhão.

Por ordem jurídica democrática entende-se, aqui, aquela ordem embasada em uma Constituição legitimada pelo povo e estremada pelos seus representantes eleitos para tal feito, assente no princípio ético da ordem jurídica universal, da dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana revela-se, assim, um princípio passível de ser invocado contra quaisquer omissões ou arbítrios do Poder Público, ou ainda, de pessoa jurídica investida nessa função, em face dos direitos fundamentais dos cidadãos, principalmente dos vitimados, que, por ato ilícito de terceiro, são obrigados a experimentar a situação de necessidade.

Como se constata, não resta ao Poder Público outra opção senão a submissão ao conteúdo substancial das normas dos direitos fundamentais, inclusive o que nele está subentendido. Vale lembrar que essas normas também devem nortear a orientação jurisdicional.

O Direito Penal e sua instrumentalização, portanto, somente representarão um mecanismo de efetivação dos direitos fundamentais se guardarem sintonia com o princípio da dignidade da pessoa humana, o qual pugna pelo tratamento humanamente digno de todos os envolvidos no conflito criminal.

Para que isso ocorra, é claro, o foco do Direito Penal e seu *persecutio*, centrado apenas em curar o malpassado, sem levar em conta as consequências futuras, deve transmutar-se para o foco palmeado nos valores da inclusão, paz jurídica e social, e dignidade da pessoa humana, valores esses que são também o fundamento último do *persecutio* penal em Estado Democrático.

No que concerne o valor da inclusão, observa-se que esse é um direito que, independentemente de sua menção em um Texto Magno, já se pode prever como fundamental do vitimado, haja vista que é este quem sofre dano, a dor da alma e o transtorno psíquico, isto é, imensa diminuição em seu direito fundamental e, por isso mesmo, tem por direito participar ativamente no *persecutio* criminal.

Esse direito, porém, não é uma mera faculdade do Poder Público do Estado Democrático, mas uma obrigação que emerge de seu dever constitucional de tratar todos os seus cidadãos, inclusive os vitimados, com humanidade e dignidade.

Com a inclusão do vitimado no *persecutio* penal e, conseqüentemente, a sua participação efetiva no processo, este passa a estar habilitado em uma posição privilegiada para fiscalizar, de perto, não apenas o que está sendo decidido em seu nome, mas de

acompanhar a atuação do Ministério Público na ação pública incondicionada e, em caso da inércia deste órgão acusador de representação do Estado, dar prosseguimento ao feito.

Sem a inclusão, não há que se pensar em um *persecutio* penal democrático e justo, sequer haverá apuramento ou a fixação do *quantum in pecunia* da reparação civil *ex delicto* de forma justa e sua adequação à realidade, pois não há como considerar os prejuízos sem que aqueles que os suportaram se manifestem nos autos da ação penal, trazendo elementos comprobatórios que justifiquem e especifiquem a extensão dos danos, bem como o seu valor.

O *quantum* da reparação civil *ex delicto* justa e adequada à realidade, porém deve ser devidamente legitimada com base na justiça material. Para efeito, o recurso à regra de proporcionalidade será também uma realidade, haja vista que somente essa regra fornece critérios indispensáveis para o contorno dos limites máximos ou mínimos juridicamente necessários, dos atos interventivos do Poder Público democrático em face dos direitos fundamentais dos cidadãos, como adverte Carlos Bernal Pulido:

[...] el principio de proporcionalidad es un principio inherente al Estado de Derecho. [...] el Estado de derecho no solo está compuesto por principios formales, tales como el reconocimiento de un catalogo de un derecho fundamentales, el sometimiento de los órganos del Estado al Derecho y la división de poderes, sino además por principios de justicia material, entre los cuales el principio de proporcionalidad representa el más destacable. A su vez, entre el principio de proporcionalidad y los principios formales existe una conexión, porque dicho principio se define como un criterio para delimitar la órbita de acción del poder estatal en relación con los derechos fundamentales de los individuos en el marco del ordenamiento jurídico. (PULIDO, 2007, p. 606-607).

Evidentemente, o princípio da proporcionalidade, por ser um critério de verificação ética, proporciona maior coerência dos atos interventivos ou restritivos do Poder Público do Estado Democrático, em face do direito fundamental do cidadão em concreto.

Para o vitimado, o princípio da proporcionalidade representa, como se verá, uma maior garantia e segurança de que seus direitos fundamentais não estarão à mercê da vontade política do Poder Público e nem da sua discricionariedade.

Isso sim, pois, no Estado Democrático, os atos do Poder Público em face dos direitos fundamentais, além de estarem submissos ao império da Lei e a esta tirarem obediência ou fundamentar-se no princípio da dignidade da pessoa humana, sujeitam-se à justiça material e, por via de consequência, à justa medida, isto é, à regra de proporcionalidade em sua tripla dimensão, tanto em seu sentido da proibição do excesso ou limite máximo, quanto no sentido da proibição da insuficiência ou limite mínimo juridicamente necessário.

Parece-nos ser razoável sustentar, por fim, que se observados todas as garantias e direitos fundamentais da ação, mediante o tratamento humanamente digno, a pessoa do

vitimado sujeito passivo do delito e mero informante ou espetador do *persecutio* criminal converte-se em sujeito de direito e ativo desse mesmo *persecutio*, capaz de não só fornecer e demonstrar as provas da materialidade do delito ou expressar a forma como experimentou o dano e traçar as formas para a sua recuperação, mas, e principalmente, viver e sentir-se seguro dentro do país que o viu nascer.

3. MARCO NORMATIVO REFERENTE À VÍTIMA EM PERSPECTIVA COMPARADA

3.1 A vítima no âmbito da Organização das Nações Unidas – ONU

Pela história do Direito Penal e seu *persecutio*, havia momentos em que a neutralização da vítima era tida por necessária, haja vista a crescente preocupação com a correta aplicação da lei penal.

Essa preocupação é o motivo pelo qual, quando consumado o crime, importava também ao aplicador da norma jurídica penal apenas infligir o castigo para o infrator, fato este que denuncia uma maior preocupação com a renovação e o reforço de vigência da norma penal lesada, do que propriamente com os interesses da sociedade ou das vítimas.

Nessa fase inicial do Direito Penal, o titular do bem jurídico objeto tutelado pela norma penal lesado, a vítima propriamente dita ou os terceiros prejudicados pelas consequências dessa lesão, os familiares da vítima ou sua comunidade, sequer tinham o direito de expressar a forma como experimentaram a ofensa e os prejuízos, quanto mais de ver-lhes reparados minimamente tais prejuízos, o que deflagra também uma injustiça experimentada pela vítima em tal período.

Essa marginalização da pessoa da vítima no *persecutio* penal, porém, veio a ser superada pelo fenômeno criminal que a doutrina majoritária convencionou em chamar de ressurgimento da vítima, emergido logo após a Segunda Guerra Mundial, principalmente quando o drama suportado pelas vítimas do holocausto veio ao conhecimento do público mundial.

Pois, em resposta ao drama e demais atos de barbárie cometidos durante a Segunda Guerra Mundial, surgiram alguns movimentos sociais humanitários em defesa das vítimas, inclusive de seus familiares e dependentes, sendo estes e outros fatos que culminaram com o surgimento do movimento internacional dos direitos humanos, resultado da Declaração Universal dos Direitos Humanos¹⁰, adotada e proclamada pela Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948.

¹⁰ Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em: 26 maio 2016. – Artigo III - Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal; Artigo VIII - Todo ser humano tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei; e Artigo XXV – 1. Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença,

Também foi essa nova ordem no cenário mundial que acentuou a preocupação com os direitos fundamentais da pessoa de vítima e fez emergir o foco de estudo do Direito Penal centrado, acima de tudo, na participação das vítimas no *persecutio* penal e na necessidade de ver-lhes reparados os prejuízos que hajam suportado em decorrência da materialidade do delito, inclusive a possibilidade de responsabilização do infrator pelos referidos prejuízos.

A Organização das Nações Unidas - ONU, após o surgimento dos movimentos vitimológicos, principalmente na década de 1970, promoveu diversos congressos e debates sobre a necessidade de proteger a pessoa da vítima do delito, exortando, entre outras questões, que os Estados-membros resguardassem às vítimas do delito o direito à reparação, a assistência, medicação, etc.

Esse ideário emancipatório culminou, ainda, com o surgimento da Declaração Universal dos Direitos das Vítimas de Crime e de Abuso do Poder, diploma este de suma importância na ordem jurídica universal, haja vista que, a partir dele, a questão das vítimas passa a ser encarada não só pela ordem jurídica interna de cada país, mas pela ordem jurídica universal.

Vejamos então, em ordem cronológica, as principais resoluções que testemunham essa virada emancipatória na questão da salvaguarda dos direitos da vítima do crime: a Resolução nº 1999/26, que cuida do “desenvolvimento e a implementação de medidas de mediação e de justiça restaurativa na justiça criminal”.

Essa Resolução é o marco inicial da relativização do sistema de gestão do conflito criminal, pois introduz os procedimentos alternativos restaurativos até então ignorados pelo *persecutio* criminal.

A ideia da implementação de medidas de mediação e de justiça restaurativa na justiça criminal, porém, não visa desnaturalizar o controle jurídico penal, mas criar um espaço livre para que cada um dos envolvidos no conflito possa expressar a forma como experimentou a ofensa e traçar as formas para a sua recuperação, dentro dos limites desse controle, o que pode abrir as portas não só para que as responsabilidades sejam assumidas, mas para a restauração da paz jurídica e social.

Nesse sentido, anota Leonardo Sica que a “aproximação à ideia da paz jurídica no campo penal pressupõe um passo atrás, para conceber o Direito Penal, antes como direito e, só depois, como penal”. (SICA, 2007, p. 160).

invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

Isso, pois compreender o direito é o mesmo que compreender um problema que envolve conflito intersubjetivo de interesses e vontades. O problema, antes de ser jurídico, é intersubjetivo.

A ideia da inclusão dos fatores restaurativos na seara penal é de suma importância. Pois, de um lado, afasta a vitimização e a marginalização da pessoa da vítima, e chama a atenção para a questão da sua dignidade comprometida pelo delito. Por outro, afasta a aplicação vertical da justiça penal, principalmente nos crimes de fraco potencial ofensivo, e possibilita o diálogo entre as partes envolvidas no conflito.

É preciso assinalar que a Resolução em comento revela uma preocupação da ONU em instruir os Estados-membros no sentido de estes não se limitarem a mitigar o sofrimento e restaurar os prejuízos ou drama suportados pelas vítimas do delito, mas inibirem os processos de vitimação a que essas estão predispostas pelo modelo de *persecutio* penal vigente. Nessa linha, registra Eduardo Rezende Mello:

Que as buscas por soluções alternativas ou complementares ao sistema tradicional de justiça, sobretudo ao retributivo, vêm encontrando nas práticas restaurativas um encaminhamento possível a conflitos definidos legalmente como infracionais. Sua ênfase volta-se, de um lado, à procura por amparo às vítimas e ao atendimento de suas necessidades, dando-lhes um papel ativo na condução das negociações em torno do conflito. De outro lado, busca não apenas a responsabilização do causador do dano, valendo-se de recursos outros à punição e à sua estigmatização, mas também, pelo encontro que se dá entre um envolvido e outro no conflito, dar ocasião para o confronto de todas as questões que, a ver de cada qual, o determinou e para o encaminhamento de possibilidades de sua superação ou transfiguração. A vítima, desse modo, deixa a figura de mero espectador [...] e passa a ocupar o centro do sistema de reação jurídico penal. (MELLO, 2005, p. 54).

Realmente, com a introdução dos modelos restaurativos no *persecutio* penal vigente, a vítima, que até então era sujeito passivo do crime e do *persecutio* penal, passa a ser sujeito de direito e ativo desse *persecutio*, capaz de expressar a forma como experimentou o dano e traçar as formas de sua satisfação, questão esta que ficou por definir pela referida Resolução.

Em resposta a essa e outras questões atinentes ao *persecutio* criminal emergente, a ONU expediria a Resolução nº 2000/14 e a Resolução nº 2002/12, de seu Conselho Social e Econômico, cujo preâmbulo esclarece sua importância:

A justiça restaurativa evoluiu como uma resposta ao crime que respeita a dignidade e a igualdade das pessoas constrói o entendimento e promove a harmonia social mediante a restauração das vítimas, ofensores e comunidade, focando o fato de que essa abordagem permite que as pessoas afetadas pelo crime possam compartilhar abertamente seus sentimentos e experiências, bem assim seus desejos como atender suas necessidades, percebendo que essa abordagem propicia uma oportunidade para as vítimas obterem reparação, se sentirem mais seguras, e podem superar o problema [...]. (ONU, 2002).

Essas resoluções reiteram a preocupação da comunidade internacional em propiciar condições básicas indispensáveis para o restabelecimento de confiança no ambiente afetado pelo crime e sedimentam o retorno da vítima no *persecutio* criminal, inclusive a possibilidade de ver-lhe reparado o dano, como forma de mitigar o sofrimento e restaurar, minimamente, a sua vida digna comprometida pelo delito, como bem recorda Janete Fernandes Vitor:

Quando se trata de priorizar o princípio da dignidade da pessoa humana, não há fórmulas prontas e acabadas para se seguir, já que as interpretações e soluções são múltiplas e devem ser construídas por meio do diálogo e participação de seus cidadãos, uma vez que dependem da dinâmica do processo social para ter legitimidade, onde a Justiça Restaurativa funciona como um *locus* integrador dos elementos necessários para reverter a lógica dual da exclusão e possibilitar a emancipação humana, através do valor dado ao reconhecimento humano. (VITOR, 2008, p. 2).

De fato, quando o assunto é uma existência saudável e digna para um ser humano, inexistem fórmulas prontas e acabadas, sendo assim, apenas a justiça do caso concreto, devidamente fundamentado no valor ético da ordem jurídica universal, a dignidade da pessoa humana, pode legitimar uma resposta jurídica penal.

Para efeito dessa legitimação, devem-se aprimorar interpretações e soluções múltiplas construídas por meio de procedimentos democráticos racionais, os quais devem convergir, todos eles, para tornar uma resposta jurídico-penal humanamente justa.

Esta é a razão por que a justiça penal também deve identificar as necessidades e obrigações atingidas pelo crime, vislumbrando o trauma causado e as formas de sua recuperação, o que enseja oportunizar o diálogo às partes.

Tudo isso propicia condições para que as responsabilidades sejam assumidas, as necessidades oriundas da ofensa sejam satisfatoriamente atendidas e curadas, para que, logo depois, a vítima ou seus dependentes e a sociedade perdoem o infrator e se reconciliem com este, o que facilita o retorno deste ao convívio social com segurança.

Essa modalidade de pacificação de conflitos, como se verá, encontra-se especialmente relacionada com os fundamentos da República Federativa do Brasil: a cidadania e dignidade da pessoa humana¹¹. Não obstante, ignorada pela ordem jurídica interna da República da Guiné-Bissau.

Para a ONU, no anexo da Declaração Universal dos Direitos das Vítimas – Resolução 40/34¹²: são vítimas as pessoas que, individual ou coletivamente, tenham sofrido danos,

¹¹ CFB/88 – Art. 1º - são os fundamentos do Estado Democrático de Direito a cidadania e a dignidade da pessoa humana; e no Art. 3º está elencada, como um dos objetivos fundamentais, a erradicação da pobreza e da marginalização, bem como a redução das desigualdades sociais e regionais.

¹² Resolução 40/34 da ONU, Art. 8º: Autores de crimes ou os terceiros responsáveis pelo seu comportamento deverão, sempre que necessário, fazer a restituição justo às vítimas, seus familiares ou dependentes. Tal

inclusive lesões físicas ou mentais, sofrimento emocional, perda financeira ou diminuição substancial de seus direitos fundamentais, como consequência de ações ou omissões que violem a legislação penal vigente nos Estados-membros, como também as são aqueles que sofrem o abuso do poder ou, quando apropriados, os familiares ou pessoas dependentes que tenham relação imediata com a vítima e pessoas dependentes que tenham sofrido danos ao intervir para dar assistência à vítima em perigo ou para prevenir a ação danificadora.

A ideia palmeada nessa Resolução é clara: são vítimas do delito não somente as pessoas que sofrem diretamente a lesão ou perigo de lesão em face de um bem jurídico cuja titularidade lhes pertence, mas também as são os prejudicados pelas consequências do mesmo evento delituoso, como podem sê-las, ainda, aqueles que suportam violações ou diminuições de seus direitos fundamentais e aqueles que sofrem abuso do poder, merecedoras, todas elas, de uma reparação de danos, sejam eles materiais ou imateriais, como forma de mitigar o sofrimento, a dor da alma e restaurar, minimamente, a vida digna comprometida pelo delito.

Constata-se, assim, mesmo que o ordenamento jurídico interno de cada Estado-membro da ONU não disponha inequivocamente sobre a salvaguarda de direitos e liberdades fundamentais das vítimas do delito, caso ocorra violação em face desses direitos, as normas do direito internacional estarão aptas a protegê-los, isto é, serão aplicados ao caso concreto. É também o que consigna Guilherme C. Câmara:

A inclusão dos direitos fundamentais, é bom frisar, tem o propósito de expressar de modo mais destacado a necessidade de ampliar a proteção das vítimas de abuso de poder, com direta e intensa implicação na esfera de direitos da pessoa humana, situações estas de grande desequilíbrio de força. O direito penal internacional atento às violações dos direitos humanos, também possui aptidão para estabelecer proteção jurídica às vítimas, mesmo quando a conduta censurada não tenha logrado obter consagração legislativa perante o direito local. (CÂMARA, 2008, p. 79-80).

reparação deve incluir a devolução de bens ou pagamento pelos danos ou prejuízos sofridos, o reembolso das despesas incorridas como resultado da vitimização, a prestação de serviços e o restabelecimento de direitos. Em seu Artigo 4º dispõe: “Exorta os Estados-Membros a tomarem as medidas necessárias para dar efeito às disposições contidas na Declaração e, a fim de reduzir vitimização”, a que se refere, a seguir, esforçar-se para: (a) Implementar a saúde, social, incluindo a saúde mental, educacional, políticas de criminalidade econômica e específica de prevenção para reduzir a vitimização e incentivar a assistência às vítimas em perigo; (b) Promover os esforços da comunidade e a participação pública em crime prevenção; (c) Rever periodicamente a sua legislação e as práticas, a fim de garantir a capacidade de resposta à evolução das circunstâncias, e, para aprovar e fazer cumprir os atos que violem a legislação, prescreve, reconhecidas internacionalmente, normas relativas aos direitos humanos, a conduta corporativa, e outros abusos de poder; (d) Estabelecer e reforçar os meios de detectar, processar e sentenciar os culpados de crimes; (e) Promover a divulgação de informações relevantes para expor oficial e conduta empresarial ao escrutínio público, e outras formas de aumentar resposta às preocupações do público; (f) Promover a observância de códigos de conduta e normas éticas, em especial as normas internacionais, por funcionários públicos, incluindo o direito à aplicação, correção, serviço médico, social e pessoal militar, como bem como o pessoal de empreendimentos econômicos; (g) Proibir as práticas e procedimentos conducentes ao abuso, tais como locais secretos de detenção e detenção incomunicável; (h) Cooperar com outros Estados, por meio judicial, mútua e assistência administrativa, em matérias como a detecção e busca de infratores, a sua extradição e a apreensão de seus bens, a ser utilizado para a restituição às vítimas”.

Na verdade, essa resolução é bastante sábia, haja vista que não prevê apenas uma situação vitimária ou a vitimização individual, ou, ainda, vitimação coletiva concreta, mas quaisquer outras situações que possam subtrair ou comprometer os direitos dos cidadãos e do homem, reconhecidos como tais pela ordem jurídica universal.

Assim, não há dúvida de que a Resolução em epígrafe é um instrumento de abrangência mundial, porquanto aderida por todos os países membros da ONU, e oferece orientações para que esses países protejam e promovam, às vítimas do delito e do abuso de poder, uma compensação indenitária de danos pelos prejuízos que hajam suportado em decorrência da materialidade do evento delituoso.

Registra-se, ainda, a Resolução nº 60/147¹³ de 16 de dezembro de 2005, que trata dos princípios e diretrizes básicos sobre o direito das vítimas de violações graves dos direitos humanos internacionais e as violações graves do direito internacional humanitário a um recurso e reparação.

Esse documento reforça o dever de os Estados-membros da ONU protegerem, promoverem e efetivarem a reparação de dano em benefício das vítimas do delito, e deixa transparecer a obrigação de os Estados assumirem o compromisso de tratar as vítimas com humanidade e dignidade, mediante a garantia de que seus direitos fundamentais, como o bem-estar físico e psicológico, entre outros, serão salvaguardados pelo *persecutio* penal de cada Estado-membro.

¹³ Resolução nº 60/147. Princípios e diretrizes básicos sobre o direito das vítimas de violações graves dos direitos humanos internacionais e as violações graves do direito internacional humanitário a um recurso e reparação, afirmando a importância de abordar a questão do direito ao recurso e reparações em vítimas de violações graves dos direitos humanos internacionais e as violações graves do direito humanitário internacional, de uma forma sistemática e exaustiva, a nível nacional e internacional, reconhecendo que, em honrar o direito das vítimas a um recurso e reparação, a comunidade internacional faz jus à sua palavra com a situação das vítimas, os sobreviventes e as gerações futuras e reafirmam o direito internacional na matéria, recordando a aprovação dos Princípios Básicos e Diretrizes sobre o direito das vítimas de violações graves do direito internacional dos direitos humanos e as violações graves do direito internacional humanitário para remediar e reparações para a Comissão sobre a Resolução de Direitos Humanos 2005/35, de 19 de abril de 2005, e o Conselho Económico e Social, na sua Resolução 2005/30, de 25 de julho de 2005, em que o Conselho recomendou que a Assembleia Geral aprovasse os Princípios e orientações básicas,

1. Adota os Princípios e Diretrizes Básicos sobre o direito das vítimas de violações graves dos direitos humanos internacionais e as violações graves do direito internacional humanitário a um recurso e reparação, contidas no anexo à presente resolução;
2. Recomenda que os Estados têm em conta os Princípios e Diretrizes Básicos, promover o respeito dos mesmos e trazê-los à atenção dos membros dos órgãos executivos do governo, incluindo os funcionários responsáveis pela aplicação da lei e as forças militar e de segurança, órgãos legislativos, o sistema judicial, as vítimas e seus representantes, advogados e advogados de direitos humanos, a mídia e o público em geral;
3. Solicita ao Secretário Geral que tome medidas para assegurar a mais ampla divulgação possível dos Princípios Básicos e Diretrizes em todas as línguas oficiais das Nações Unidas, incluindo a sua transmissão aos Governos e organizações intergovernamentais e não-governamentais, e incorporar os princípios e diretrizes na publicação das Nações Unidas dos Direitos Humanos: uma compilação de instrumentos internacionais.

O documento recomenda, ainda, que os Estados-membros da ONU zelem, na medida do possível, para que a ordem jurídica interna, principalmente os procedimentos jurídicos e administrativos destinados a fazer justiça, isto é, as instâncias formais de controle ao crime, disponibilizem às vítimas de violência, ou considerável trauma, uma atenção especial, e lhes concedam uma reparação de danos capaz de inibir um novo trauma.

Esse diploma, por ser de caráter recomendatório, fica refém dos instrumentos jurídicos internos de cada país para ser observado. Pois não cria obrigações legais para os Estados-membros da ONU, mas apenas lhes impõe uma espécie de dever moral, no sentido de promoverem modificações em seus ordenamentos jurídicos internos.

Essa nova perspectiva jurídicopenal universal, resultante de fatores sociojurídicos, portanto, motiva as ocorrências de iniciativas legislativas e prestigia maior participação da pessoa da vítima na gestão de conflito criminal.

3.2 A vítima no âmbito da União Europeia - UE

Na União Europeia, à luz do disposto na Declaração Universal dos Direitos das Vítimas e do Abuso do Poder, e reconhecendo a importância da mesma para a efetivação dos direitos fundamentais, a questão da vítima passou a ocupar o centro das atenções do Conselho Europeu, levando a efeito a elaboração de diversas resoluções e recomendações nesse sentido, tendo como principal objetivo harmonizar os direitos nacionais internos dos Estados-membros do Conselho.

Como um dos documentos pioneiros de abrangência entre os Estados-membros da comunidade europeia, onde se salvaguardou explicitamente a questão da compensação de danos, sobressai a Resolução nº 75¹⁴, adotada pelo Comitê de Ministros do Conselho Europeu em 14 de março de 1975.

Essa Resolução, por prever os princípios que devem harmonizar as legislações dos Estados-membros da União Europeia no que tange à salvaguarda da reparação de danos para as vítimas do delito por lesões físicas ou morte e à correspondente indenização, representa uma garantia e esperança para a pessoa da vítima titular do bem jurídico lesionado, bem como para seus familiares e dependentes necessitados, que dela dependem para se manter, pois passam a ficar imunes à pobreza e à marginalização a que frequentemente são expostos após a consumação do delito, principalmente quando esse resultar em invalidez ou na morte daquela.

¹⁴ Documento disponível em: <http://www.whiplashinfo.se/Europaradet/resolutioner/75_7/resolution_75_7.htm>.

Percebe-se, assim, que essa Resolução, apesar de não especificar, inequivocamente, quais as lesões que estariam abrangidas pela indenização e de que forma esta poderia ser efetivada, revela uma maior preocupação da Comunidade Europeia para com a situação de vulnerabilidade das vítimas após a ocorrência do delito.

Logo depois, o Comitê de Ministros do Conselho da Europa aprovou a Resolução nº 77¹⁵, de 28 de setembro de 1977, que trata especificamente da questão da indenização às vítimas de infrações criminais.

Essa Resolução denuncia uma tendência do Conselho Europeu, no sentido de remir as situações de vulnerabilidade e vitimação a que as vítimas do delito são predispostas, e do qual o modelo de *persecutio* criminal vigente não consegue dar conta.

Seguindo essa tendência, foram produzidos, posteriormente, vários diplomas recomendatórios, exortando-se, entre outras questões, a participação do público na elaboração e aplicação da política criminal.

A partir dessas recomendações, passaram a constar, nos vetores do Conselho Europeu, orientações sobre a política criminal dos Estados-membros, voltadas à promoção de novas medidas de gestão do conflito criminal, que funcionassem como alternativas às penas privativas de liberdade, e ao apoio à pessoa da vítima do crime.

Também o Conselho Europeu passou a prever a questão da indenização às vítimas de crimes violentos e a alertar aos Estados-membros sobre a necessidade de intervirem para que a indenização possa ser efetivada, exortando, ainda, aos Estados, com a exceção das situações em que as vítimas são efetivamente indenizadas, que incentivassem os infratores para que esses possam efetivar a indenização de forma voluntária ou, em caso de inércia destes, que as instâncias formais de controle ao crime, principalmente os tribunais, promovessem a satisfação da indenização de forma coercitiva.

Entretanto, como essa Resolução e as anteriores não expressaram, inequivocamente, quais as medidas que devem ser adotadas e de que forma a indenização deve ser levada a efeito, foi realizada em Estrasburgo, em 24 de novembro de 1983, a Convenção Europeia Relativa à Indenização de Vítimas de Infrações Violentas¹⁶, na qual, com base na Resolução

¹⁵ Documento disponível em: <<http://www.gddc.pt/siii/docs/rar16-2000.pdf>>.

¹⁶ Convenção Europeia Relativa à Indenização de Vítimas de Infrações Violentas. Título I - Princípios fundamentais: Lê-se:

Artigo 1.º - As Partes comprometem-se a tomar as disposições necessárias para garantir a aplicação dos princípios enunciados no título I da presente Convenção.

Artigo 2.º - 1 - Quando a reparação não possa ser inteiramente assegurada por outros meios, o Estado deve contribuir para a indenização: a) Daqueles que tenham sofrido lesões graves no corpo ou na saúde como resultado direto de uma infração violenta intencional; b) Daqueles que se encontravam a cargo da pessoa

nº 77, do Comitê de Ministros do Conselho da Europa, que versa especificamente sobre a indenização às vítimas de infrações penais, os Estados-membros se comprometeram a tomar medidas necessárias para garantir a indenização às vítimas de infrações violentas, inclusive a de seus familiares e dependentes.

Considerando, ainda, o fato de o sistema de justiça criminal vigente ser tradicionalmente voltado para a relação entre o Estado e o infrator, sendo que o funcionamento desse sistema tende a adicionar ao invés de diminuir os problemas da vítima, atendendo, ainda, à necessidade de a justiça criminal desempenhar suas funções de tal forma que os interesses das vítimas possam ser salvaguardados, o Comitê de Ministros do Conselho da Europa, em 1985, adotou a Recomendação nº 85, na qual se analisou a posição da vítima no ordenamento jurídico penal e processual penal¹⁷ dos Estados-membros.

O texto recomenda, aos governos dos Estados-membros da Comunidade Europeia, que revisem suas legislações internas, especialmente em matéria processual, e as executem em conformidade com as diretrizes dispostas em seu diploma, no que se refere à atuação da polícia judiciária, promoção da ação penal, audiência da vítima e de debates, à privacidade e à prioridade do ressarcimento do dano na fase de execução, bem como à proteção especial da vítima. Com efeito, a vítima sujeito passivo do crime converte-se em vítima sujeito ativo do processo penal.

O texto deixa transparecer, ainda, a necessidade de os Estados-membros da Comunidade Europeia adotarem os procedimentos consensuais como a mediação e conciliação fora da esfera jurídica criminal, sugerindo, inclusive, que examinassem a vantagem desses institutos.

A Recomendação em evidência, como se nota, é um documento de extrema importância, pois, além de deferir o recurso às fórmulas restaurativas pelas jurisdições internas dos Estados-membros, o que torna o processo penal mais democrático e humano, representa maior ganho para as vítimas do delito, haja vista que as instâncias formais de

falecida em consequência de tal infração. 2 - A indenização prevista na alínea anterior será concedida mesmo que o autor não possa ser perseguido ou punido.

Artigo 3.º - A indenização será concedida pelo Estado em cujo território a infração foi cometida: a) Aos nacionais dos Estados Partes na presente Convenção; b) Aos nacionais de todos os Estados-membros do Conselho da Europa que tenham residência permanente no Estado em cujo território a infração foi cometida.

Artigo 4.º - A indenização abrangerá pelo menos, consoante o caso, os danos seguintes: perda de rendimentos, despesas médicas e de hospitalização, despesas funerárias e, em relação às pessoas a cargo, perda de alimentos. Convenção Europeia Relativa à Indenização de Vítimas de Infrações Violentas, aberta à assinatura em Estrasburgo em 24 de novembro de 1983. Disponível em: <<http://www.gddc.pt/siii/docs/rar16-2000.pdf>>. Acesso em: 31 maio 2016.

¹⁷ Documento disponível em: <[http://polis.osce.org/library/f/2669/468/CoE-FRA-RPT-2669-ENRecommendation%20No.%20R\(85\)%2011.pdf](http://polis.osce.org/library/f/2669/468/CoE-FRA-RPT-2669-ENRecommendation%20No.%20R(85)%2011.pdf)>.

controle do delito, isto é, a Polícia, o Ministério Público e os tribunais dos Estados-membros, passarão a avaliar, durante a investigação e a ação penal, a necessidade de garantir às vítimas e informantes uma maior segurança, para que esses possam noticiar o fato delituoso. Tudo isso propiciará condições para a redução do fenômeno da criminalidade oculta (DIAS; ANDRADE, 1997)¹⁸.

Essa Recomendação é, na realidade, um diploma inovador, pois possibilita aos Estados-membros da Comunidade Europeia assumir uma nova postura na problemática das vítimas de crimes, até então despercebidas em documentos internacionais, como, por exemplo, a passagem da vítima sujeito passivo do crime para sujeito de direito e ativo do *persecutio* penal.

Ainda, em 17 de setembro de 1987, o Conselho adotou a Recomendação nº 87¹⁹, relativa à simplificação da justiça penal, aconselhando a adoção da oportunidade no exercício da ação penal.

O Conselho da Europa, reconhecendo que muitas das vezes as vítimas de crime sequer são assistidas e que esse problema continua a atingir um elevado número de cidadãos, considerando, ainda, o fato de que, em muitos casos, a intervenção do sistema de justiça criminal vigente se demonstra deficitário, por si só, para restabelecer o dano que a vítima haja suportado em decorrência da materialidade do delito, foi-lhe salvaguardado o direito à assistência, como forma de prevenir uma nova vitimização.

Vale a pena observar que o direito à assistência nutre suma importância no âmbito da gestão do conflito delituoso criminal, pois pode contribuir não somente para apaziguar os ânimos no ambiente afetado pelo crime, mas também evitar uma eventual vingança privada, ou seja, dito da melhor forma, a prática de outro crime contra o infrator, por sentimento de injustiça (DIAS; ANDRADE, 1997)²⁰.

¹⁸ Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade. *Criminologia*. O homem delinquente e a sociedade criminógena. 2ª reimp. Coimbra-Portugal: Coimbra, 1997, p. 134. – “A criminalidade oculta é a criminalidade não apresentada ao sistema formal do controle ou por ela não recebida”.

¹⁹ Documento disponível em: <http://www.restorativejustice.org/legislative-assembly/15statutes-cases-regulations-and-recommendations-from-national-regional-and-intergovernmental-bodies/copy_of_europe/r87>.

²⁰ Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade. *Criminologia*. O homem delinquente e a sociedade criminógena. 2ª reimp. Coimbra-Portugal: Coimbra, 1997, p. 234 e 235 – “O crime por sentimento de injustiça, é um crime cometido como resposta a uma injustiça, real ou imaginada, de que o delinquente se considera vítima; em sentido estrito, o crime por sentimento de injustiça tem como referência a atuação das instâncias formais de controle: é a polícia, ou são os tribunais que não concedem justiça à vítima de um crime, ou tratam injustamente um delinquente, convertendo desta forma a vítima em delinquente; por último, em um sentido já muito lato, pode ainda falar-se de um sentimento de injustiça por referência à ordem econômica social vigente”.

O Conselho estimula, ainda, a mediação entre a vítima e o infrator, quando seu recurso se demonstrar apropriado e desde que disponível para tal feito, em conformidade com a Resolução nº 99²¹ do Comitê de Ministros, tendo em conta os potenciais benefícios.

Em 15 de março de 2001, o Conselho adotou a Decisão-Quadro 2001/220/JAI²², que dispõe sobre o estatuto da vítima no processo penal e uma série de disposições legais relativas à sua proteção e participação ativa na persecução criminal.

Essa Decisão garante, entre outros direitos, o de a pessoa da vítima ser ouvida durante o processo e de fornecer elementos de prova, ter acesso às informações, não só sobre os resultados da investigação ou sobre o andamento do processo e da sentença, mas também sobre a libertação do agressor.

A Decisão garante também à vítima ou sua família e dependentes necessitados, estes últimos em caso de a lesão resultar em invalidez ou morte daquela, o direito de tratamento adequado, compreensivo e digno, como também de receber informações sobre seus direitos a receber ajuda, uma reparação ou indenização, seja pelo delincente ou subsidiariamente pelo Estado.

O Estado, portanto, apenas entrará em ação, indenizando a vítima ou a família e dependentes necessitados desta, quando o infrator for identificado e preso, porém sem condições econômicas e financeiras para arcar com os custos de prejuízos que sua conduta delituosa haja causado aos terceiros.

Segue-se, ainda, a Decisão de 4 de julho de 2002, do Conselho da União Europeia²³ que cuidou de definir, de forma mais abrangente, a justiça restaurativa como sendo uma visão

²¹ Documento disponível em: <http://www.restorativejustice.org/legislative-assembly/15statutescasesregulations-and-recommendations-from-national-regional-and-intergovernmentalbodies/copy_of_europe/r87>.

²² Documento disponível em: <http://www.dgpj.mj.pt/sections/relacoes_internacionais/anexos/2001-220-jai-decisao/downloadFile/file/DQ_2001.220.JAI_Estatuto_da_Vitima.pdf?nocache=1199967111.5>. A decisão-quadro é utilizada para aproximar as disposições legislativas e regulamentares dos Estados-membros. Proposta por iniciativa da Comissão ou de um Estado-membro, ela deve ser adotada por unanimidade. A decisão tem caráter vinculativo, deixando às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios para cumpri-la.

²³ Decisão de 4 de julho de 2002 do Conselho da União Europeia. Artigo 2.º- Para efeitos da presente decisão, o termo “justiça restaurativa” refere-se a uma visão global do processo de justiça penal em que as necessidades da vítima assumem a prioridade e a responsabilidade do infrator é realçada de uma maneira positiva. A justiça restaurativa denota uma abordagem lata em que a reparação material e imaterial da relação confundida entre a vítima, a comunidade e o infrator constitui um princípio orientador geral no processo de justiça penal. O conceito de justiça restaurativa abrange um conjunto de ideias que é relevante para diversas formas de sancionamento e de tratamento de conflitos nas várias fases do processo penal ou com ele relacionados. Embora até à data a justiça restaurativa tenha encontrado expressão principalmente em diversas formas de mediação entre as vítimas e os infratores (mediação vítima-infrator), estão cada vez mais a ser aplicados outros métodos, como, por exemplo, o debate em família. Os governos, a polícia, os órgãos de justiça criminal, as autoridades especializadas, os serviços de apoio e assistência à vítima, os serviços de apoio ao infrator, os investigadores e o público estão todos implicados neste processo. Disponível em:

global do processo de justiça penal, em que as necessidades da vítima assumem a prioridade e a responsabilidade do infrator é realçada de uma maneira positiva.

Destaca-se, também, a Diretiva 2004/80/CE²⁴, de 29 de abril de 2004, que dispôs, exclusivamente, sobre a reparação e a indenização das vítimas da criminalidade. Essa Diretiva resulta da constatação de que frequentemente as vítimas não conseguem obter uma indenização junto aos infratores e nem por parte do Estado. Pois este argumenta e sustenta a falta de meios financeiros suficientes para arcar com as despesas da indenização. Já aqueles por serem, normalmente, pessoas pobres ou que por vezes se subtraem da obrigação de indenizar, mediante a fuga para os países vizinhos.

É por esse motivo que a Diretiva em epígrafe estabelece também um sistema de maior cooperação entre os Estados-membros da Comunidade Europeia, como forma de facilitar o acesso à indenização pelas vítimas de criminalidade em situações transfronteiriças, que deverá funcionar com base nos regimes dos Estados-membros, sobre indenização das vítimas da criminalidade violenta internacional, cometida nos respectivos territórios.

A Diretiva estabelece, ainda, a obrigação de os Estados-membros preverem, nas suas legislações internas, um regime de indenização de dano justa e adequada para as vítimas de delito doloso violento praticado nos respectivos territórios, bem como a criação de um regime de compensação padronizado, capaz de reforçar a cooperação entre os Estados-membros da União Europeia.

No que concerne à indenização justa e adequada, entendemos que essa deve corresponder, como se verá, a um *quantum* que aproxime da realidade, isto é, que corresponda ao efetivo prejuízo suportado pela vítima do delito, desde que observado o crivo do contraditório e da ampla defesa.

Já a Recomendação 2006²⁵ do Conselho da Europa sobre a assistência às vítimas do delito, de 14 de junho de 2006, que substituiu a Recomendação nº 87, que dispunha sobre o mesmo assunto, além de preceituar a vítima e sintetizar a vitimização secundária, estabelece a obrigação de os Estados-membros da Comunidade Europeia garantirem efetividade aos direitos das vítimas, conforme os postulados dos direitos humanos, apontando a importância

<http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/committees/libe/20030217/10575_02pt.pdf>. Acesso em: 31 maio 2016.

²⁴ Documento disponível em: <http://www.apav.pt/portal/pdf/council_directive2004-80-ECPT.pdf>.

²⁵ Documento disponível em: <<http://www.gral.mj.pt/uploads/documentos/abb160a200cd327e5734fb391d7d7e97.pdf>>: “vítima como a pessoa que sofreu um prejuízo, incluindo dano físico ou emocional, ou uma perda econômica, causado por atos ou omissões que são uma violação da lei penal. O termo também inclui, quando apropriado, a família ou dependentes diretos do ofendido. A vitimização secundária se caracteriza quando o prejuízo ocorre não como resultado direto do crime, mas através da resposta de instituições e indivíduos à vítima”.

de uma maior assistência social, médica e material, como forma de atenuar os efeitos negativos do delito.

Dessa forma, não resta aos Estados-membros da Comunidade Europeia outra opção, senão a de adotarem medidas políticas e legislativas necessárias ou adequadas para conferir máxima efetividade às imposições convencionais comunitárias sobre a vítima do delito, sendo que o incumprimento de tais obrigações constituirá uma afronta às normas e princípios básicos traçados pelo Conselho Europeu.

É preciso, por fim assinalar que, para qualquer ato que deflagre o incumprimento, o Estado-membro incumpridor estará sujeito ao controle do Tribunal de Justiça da Comunidade. Ademais, que as Decisões e Diretivas do Conselho Europeu gozam de efeitos vinculantes e são de aplicabilidade imediata ou direta.

Nenhuma Administração Pública ou Juiz dos Estados-membros, portanto, pode subtrair fundamento e obediência às Decisões ou Diretivas do Conselho Europeu, sob pena de ver seus atos considerados invalidados (CANOTILHO, 2008)²⁶ pelo Tribunal de Justiça da Comunidade.

3.3 A vítima no Ordenamento Jurídico Penal e Constitucional brasileiro

A Constituição Federal do Brasil de 1988, como norma máxima do ordenamento jurídico, é fonte primária de todos os direitos, deveres e garantias, conferindo fundamento de validade às leis e aos atos normativos no sistema lógico de normas que formam a ordem jurídica brasileira.

Dessa posição cimeira que a Constituição ocupa na ordem jurídica brasileira, resulta a importância de se interpretar conforme ela, observando não apenas o seu aspecto formal, isto é, a norma fundamental de todo o ordenamento jurídico, mas também seu aspecto substancial, os valores e princípios por ela salvaguardados, os quais materializam o regime democrático adotado pelo Estado brasileiro.

Cremos essa seja a razão por que o constituinte da Constituição Federal do Brasil de 1988 cuidou de prever, logo em seu Artigo 1º, que são os fundamentos do Estado Democrático de Direito a cidadania e a dignidade da pessoa humana, e, em seu Art. 3º,

²⁶ José Joaquim Gomes Canotilho. *Brançosos e Interconstitucionalidade*. Itinerário dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 223 – “No plano Europeu, é, porém, indiscutível que, nos tratados, existem normas expressas a consagrar o dever do legislador interno quanto à transformação das diretivas comunitárias. Por sua vez, o Tribunal de Justiça das Comunidades tem levado a peito a tarefa de guardião da força normativa-dirigente do direito comunitário”.

elencam-se como um dos objetivos fundamentais a erradicação da pobreza e da marginalização, bem como a redução das desigualdades sociais e regionais.

São esses, também, os valores estruturantes do Estado brasileiro, aos quais foi atribuído um especial significado dentro da ordem jurídica constitucional, sendo a dignidade da pessoa humana considerada o valor supremo nessa ordem.

Logo depois, a Constituição Federal do Brasil prevê em seu Artigo 5º, XXXVI, a inafastabilidade da tutela jurisdicional, inclusive garantindo o devido processo legal, da igual proteção jurídica e do contraditório.

Esses princípios fundamentais, que também podem ser deduzidos no direito de ação, garantem, de um lado, o acesso de todas as pessoas aos órgãos do Poder Judiciário, a fim de solicitarem a solução do conflito de seus interesses. Por outro, destinam-se ao legislador infraconstitucional, para que este, através da sua competência conformadora dos direitos e garantias fundamentais, ao editar as leis, não vede o acesso dos cidadãos aos órgãos do Poder Judiciário. Dessa vedação resulta também a percepção que os direitos fundamentais não são passíveis de supressão por Emenda Constitucional.

Ainda, a Constituição Federal do Brasil, em seu Artigo 5º, LIX, possibilita que a vítima ou seu representante legal ingresse diretamente, com ação penal, por meio de oferecimento da queixa, quando o Ministério Público, nos casos de Ação Penal Pública, deixe de fazê-lo no prazo legal.

Essa garantia constitucional denota que embora o direito de intentar a Ação Penal Pública pertença exclusivamente ao órgão acusador de representação do Estado, o Ministério Público, em dadas situações, pode a vítima ou seu representante legal suprir a inércia daquele órgão em oferecer a denúncia. Para efeito, a vítima ou seu representante legal terá de apresentar a queixa dentro do prazo de seis meses.

Também denota que pelo ordenamento jurídico penal constitucional brasileiro, se o Ministério Público não oferece denúncia, não requer o arquivamento do inquérito, nem requisita diligência, pode o ofendido substituí-lo, oferecendo a queixa.

Portanto, toda vez que ocorra uma mora excessiva do órgão acusador de representação do Estado, em dar início à ação penal, nos casos da ação pública, a pessoa da vítima ou seu representante legal dispõe de um instrumento hábil à sua disposição, para controlar possível abuso daquele órgão.

Segue o Artigo 5º, LXXIV, o qual cuida de prever assistência pelo Estado, de forma integral e gratuita, podendo a mesma englobar o auxílio material às vítimas de crimes ou a

assistência jurídica de forma mais abrangente, embora inexista uma expressa distinção entre os infratores e vítimas necessitadas de tal assistência. Assim é que Alexandre de Moraes faz clara advertência:

A Constituição Federal, ao prever o dever do Estado em prestar assistência integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos, pretende efetivar diversos outros princípios constitucionais tais como, a igualdade, devido processo legal, ampla defesa, contraditório e, principalmente, pelo acesso à justiça. Sem assistência jurídica integral e gratuita aos hipossuficientes, não haverá condições de aplicação imparcial e equânime da justiça. Trata-se, pois, de um direito público consagrado a todo aquele que comprovar que sua situação econômica e financeira não lhe permite pagar os honorários advocatícios, custas processuais, sem prejuízo para seu próprio sustento ou de sua família. [...] engloba inclusive o auxílio material às vítimas de atos criminosos, principalmente, os cidadãos que houverem sofrido dano físico ou tenham falecido em virtude de atos criminosos de outrem poderão receber assistência do Estado conforme a lei. (reprodução minha). (DE MORAES, 2013, p. 241).

Como bem advertido, a Carta Magna brasileira, reconhece a todas as pessoas, incluindo os estrangeiros, independentemente de suas condições econômicas e financeiras, o direito de obter a tutela judicial efetiva junto dos tribunais, no exercício de seus direitos e interesses legítimos, sendo aquele órgão obrigado a observar as condições da ação e dos pressupostos processuais legalmente estabelecidos.

Portanto, sempre que houver violação a um direito fundamental, será chamado para intervir o Juiz que, no exercício de sua função jurisdicional, deverá aplicar o direito ao caso concreto, estando obrigado a efetivar o pedido de prestação requerida pela parte interessada, sob pena de ver sua inércia incorrer em inconstitucionalidade.

Não obstante, como a norma constitucional em comento, isto é, do Art. 5º, LXXIV, CFB/88, não faz distinção entre os réus e as vítimas que necessitam de assistência, entendemos que a vontade da mesma, ainda que implícita, é de que a assistência prestada pelo Estado seja integral e gratuita, englobando tanto a assistência jurídica de forma mais abrangente, como também o auxílio material às vítimas de crimes. Com efeito, todos os cidadãos têm o direito à assistência jurídica, independentemente de sua condição econômica e financeira.

Decorre daí a assistência judiciária prestada pelas procuradorias dos Estados em matéria cível e pelas defensorias públicas em matéria criminal, embora a falta de acesso aos meios de informação, por parte de uma considerável parcela da população, dificulte o exercício regular desse direito.

Segue, ainda, o Art. 5º, XLV, que estatui que “nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens

serem, nos termos da lei, estendidas até os sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido”.

Seguindo a letra desse dispositivo constitucional, constata-se que, muito embora o mesmo não dispusesse de forma inequívoca sobre a reparação, implicitamente a reconhece, inclusive defere a Lei Ordinária a sua regulamentação.

Ademais, o dispositivo em comento deixa transparecer que o patrimônio do infrator pode responder pelos prejuízos que haja causado às vítimas, sendo que essa reparação poderá ser estendida a seus sucessores, desde que não exceda o limite máximo da *quota* parte transferível em benefício destes.

Percebe, assim, que, pelo Texto Magno brasileiro, a condenação penal tem como efeito a reparação civil *ex delicto* por danos, sendo o patrimônio do infrator uma garantia à sua efetivação, desde que observado o limite legal necessário. Ainda, que ao infrator cabe, em primeira instância, arcar com os custos de prejuízos que haja causado às vítimas, sendo somente em caso da sua inabilidade econômica e financeira, que essa responsabilidade pode se transmutar, subsidiariamente, para o Estado.

Também, é este o sentido que se pode extrair na Lei nº7. 210/1984, a Lei de Execução Penal do Brasil, a qual, em seu Art. 28²⁷, prevê o trabalho do condenado como um dever; e o Art. 31²⁸, dispôs sobre a obrigatoriedade de o condenado a pena privativa de liberdade exerça a função laboral; já o Art. 29²⁹, veicula e vincula o salário do condenado ao atendimento, em ordem de preferência: a) indenização dos danos causados pelo crime, desde que determinados judicialmente e não reparados por outros meios (é indispensável decisão judicial definitiva estabelecendo a montante da indenização); b) assistência a família do preso; c) pequenas despesas e d) ao ressarcimento ao Estado das despesas realizadas com a manutenção do condenado, em proporção a ser fixada e sem prejuízo da destinação previstas nas letras anteriores.

A norma contida no Art. 29 da LEPB, com efeito, atende os interesses de todos os sujeitos de uma relação jurídica delituosa, isto é, das vítimas ou dos familiares e dependentes

²⁷ Art. 28. O trabalho do condenado, como dever social e condição de dignidade humana, terá finalidade educativa e produtiva.

²⁸ Art. 31. O condenado à pena privativa de liberdade está obrigado ao trabalho na medida de suas aptidões e capacidade.

²⁹ Art. 29. O trabalho do preso será remunerado, mediante prévia tabela, não podendo ser inferior a 3/4 (três quartos) do salário mínimo. - § 1º O produto da remuneração pelo trabalho deverá atender: a) à indenização dos danos causados pelo crime, desde que determinados judicialmente e não reparados por outros meios; b) à assistência à família; c) a pequenas despesas pessoais; d) ao ressarcimento ao Estado das despesas realizadas com a manutenção do condenado, em proporção a ser fixada e sem prejuízo da destinação prevista nas letras anteriores.

necessitados de que delas dependem para se manter; do próprio condenado e sua família; do Estado, haja vista a possibilidade deste puder compensar as despesas realizadas com a manutenção do sentenciado, sem perder de vista o fato de caso este arque o custo dos prejuízos que emergem em decorrência da sua conduta nociva, esse fato pode significar, aos olhos da sociedade, que ele, o infrator, merece perdão, e, por via de consequência, defere-se também a sua reintegração ao convívio social com maior segurança.

Registra-se, também, o Artigo 245³⁰ da CFB/88, que prevê o dever de o constituinte infraconstitucional, através da sua competência legiferante conformadora dos direitos fundamentais, expedir uma Lei que determine as hipóteses e condições em que o Poder Público poderá assistir os dependentes e familiares carentes da vítima, sem prejuízo da responsabilidade civil do infrator pelos prejuízos que haja causado a esses.

Discorrendo sobre essa determinação constitucional, constataremos que a mesma não dispôs, inequivocamente, sobre a possibilidade de o titular do bem jurídico objeto tutelado pela norma penal ver-lhe ressarcidos os prejuízos que haja suportado, mas apenas seus herdeiros e dependentes carentes. Resulta, assim, a constatação de Alexandre de Moraes, para quem:

A norma contida no art. 245 da Carta Magna é de má técnica relacional, trata-se de norma constitucional de eficácia limitada, que, estranhamente, não prevê nenhum direito à própria vítima, mas tão somente aos seus herdeiros e dependentes carentes. Ressaltamos que a vítima não pode ser esquecida, mesmo porque o texto constitucional fala em crime doloso e não em crime doloso contra a vida consumado. (DE MORAES, 2013, p. 2114).

Realmente, essa norma constitucional enseja uma atividade conformadora por parte do legislador infraconstitucional, no sentido de que este órgão do Poder Legislativo produza normas que possam garantir, às vítimas de crimes contra a vida ou sua família e dependentes necessitados, o direito de participação efetiva no juízo criminal, bem como de possibilitar-lhes o ressarcimento pelos prejuízos que hajam suportado ou ainda que de modo assistencial, para que possam mitigar o sofrimento, a dor da alma e restaurar, na medida do possível, a vida condigna ante o evento delituoso.

Seguindo, ainda, o preceito em comento, nota-se que a reparação de danos por ele salvaguardada tem por escopo desencorajar práticas de condutas ilegítimas de terceiros, que possam vulnerar a existência saudável e digna de outrem, conforme os objetivos albergados pela Constituição brasileira.

³⁰ Art. 245. A lei disporá sobre as hipóteses e condições em que o Poder Público dará assistência aos herdeiros e dependentes carentes de pessoas vitimadas por crime doloso, sem prejuízo da responsabilidade civil do autor do ilícito.

Retroagindo à parte final do mesmo dispositivo constitucional – “sem prejuízo da responsabilidade civil do autor pelo dano emergente em decorrência de sua conduta delituosa” –, constata-se que essa ressalva reafirma a característica dual do sistema de reação jurídico-penal brasileiro, onde a condenação do infrator pelos prejuízos que haja causado à pessoa da vítima já vem estatuída na sentença, sendo a execução da mesma efetivada no juízo cível, no que se diz: separação obrigatória entre a ação penal e a ação civil.

Já o Artigo 5º, V, CFB/88, traz uma garantia de a pessoa da vítima ou sua família e dependentes carentes poderem ver reparados integralmente os prejuízos que hajam suportado em decorrência do delito, sejam eles morais ou materiais, ou cumulativamente, desde que observadas todas as garantias que o processo penal e constitucional moderno lhes assegura, entre as quais a segurança para noticiar os fatos e demonstrar os prejuízos, bem como a ampla defesa.

Como se percebe, o ordenamento jurídico constitucional brasileiro, embora não disponha inequivocamente sobre as vítimas dos crimes contra a vida, garante a reparação civil *ex delicto* por danos materiais ou morais, sendo esses últimos havidos em situações de transtornos à integridade psíquica.

No que se refere ao âmbito penal, observa-se que nos termos do Art. 43, I, do Código Penal do Brasil, a pena restritiva de direitos tem natureza prestacional *in pecunia*.

O Art. 45, §1º, do CPB³¹, porém deixa transparecer que a prestação pecuniária cuida de pena restritiva de direitos e consiste no pagamento *in pecunia*, à vítima e seus dependentes ou à entidade pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz ao aplicá-la. Não pode ser ela inferior a um salário-mínimo nem superior a 360 vezes esse salário. E o valor pago será deduzido do montante do eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os benefícios.

Esse dispositivo legal reporta, por um lado, uma relação preferencial em relação à pessoa favorecida pela prestação *in pecunia*. Assim, os dependentes somente serão destinatários na ausência da vítima. E as entidades públicas ou privadas com destinação social, na falta da vítima e de seus dependentes. Por outro, que o juiz deve fixar, de ofício, o

³¹ Código Penal. Art. 45. Na aplicação da substituição prevista no artigo anterior, proceder-se-á na forma deste e dos arts. § 1º A prestação pecuniária consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz, não inferior a 1 (um) salário mínimo nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos. O valor pago será deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários. § 2º No caso do parágrafo anterior, se houver aceitação do beneficiário, a prestação pecuniária pode consistir em prestação de outra natureza.

quantum da prestação *in pecunia*, devendo fixá-la com base apenas nos dados disponíveis no processo penal. Ainda, que o referido *quantum* prestacional tem caráter de uma indenização civil antecipada.

Caso a vítima ou seus dependentes venha a propor uma ação indenitária de reparação civil por danos, o valor do *quantum* prestacional pago será devidamente descontado no total da condenação civil, o que inibe o enriquecimento ilícito da pessoa favorecida.

Em seu § 2º o dispositivo em comento dispõe que se houver a aceitação da pessoa favorecida pela prestação *in pecunia*, ou seja, a vítima ou seus dependentes, ou ainda, a entidade pública ou privada com destinação social, a prestação pecuniária poderá constituir-se, por decisão do juiz, em prestação de outra natureza como, por exemplo, o fornecimento de cestas básicas.

Por essa norma, portanto, se a pessoa favorecida, com exceção da entidade pública ou privada com destinação social, discordar da prestação de outra natureza, pode ela pleitear a ação indenitária de reparação civil por danos.

Lembramos, a propósito, que se houver recusa da pessoa favorecida, o juiz, nos termos da lei, poderá destinar o *quantum in pecunia* para uma entidade pública ou privada com destinação social.

Em traço geral, a norma do Art. 45 do CPB, pugna não só pela salvaguarda dos interesses das vítimas do delito ou seus dependentes necessitados, mas, e principalmente, pela materialização da garantia constitucional do mínimo existencial, fundamento último de uma ordem jurídica democraticamente instituída.

O Código Penal do Brasil traz, ainda, outros dispositivos que constituem mecanismos destinados a forçar ou a estimular o sentenciado a reparar o dano que emerge em decorrência da materialidade do evento delituoso: O Artigo 65, III, *b*: circunstancia atenuante genérica consistente na reparação do dano antes do julgamento do crime; e, no Art. 78³², §2º: a reparação do dano, ou a prova de impossibilidade de reparar, como fator condicionante da substituição das condenações obrigatórias do “sursis” estabelecidas no §1º por outras mais favoráveis; Art. 81, II, não reparação do dano como causa da revogação do “sursis”.

³² Art. 78 - Durante o prazo da suspensão, o condenado ficará sujeito à observação e ao cumprimento das condições estabelecidas pelo juiz. § 1º - No primeiro ano do prazo, deverá o condenado prestar serviços à comunidade (art. 46) ou submeter-se à limitação de fim de semana (art. 48). § 2º Se o condenado houver reparado o dano, salvo impossibilidade de fazê-lo [...].

O Art. 91, I, do CPB, porém, reza que são os efeitos da condenação, tornar certa obrigação de indenizar o dano causado pelo crime. Pela norma contida nesse dispositivo, a obrigação de indenizar dispensa de pronunciamento por expresse pelo juiz na sentença condenatória e constitui título executivo judicial para uma eventual ação indenitária *in pecunio* de reparação civil por danos. Nesse sentido, entende-se que:

[...] A condenação penal, a partir do momento em que se torna irrecorrível, faz coisa julgada no cível, para fins da reparação do dano. Tem a natureza de título executório, permitindo ao ofendido reclamar a indenização civil sem que o condenado pelo delito possa discutir a existência do crime ou a sua responsabilidade por ele. (DELMANTO, 2007, p. 263).

Nota-se, desse modo, que em um sistema de separação obrigatória entre ação penal e a cível, a prestação pecuniária, ainda que na qualidade da pena substitutiva, é mais vantajosa à pessoa da vítima ou seus familiares e dependentes. Pois, caso fixada a obrigação de reparar o dano pelo juiz, à pessoa favorecida já tem o título executivo, exigindo-se apenas uma previa liquidez no juízo cível. Ademais, caso o juiz fixe o valor do pagamento na sentença, a pessoa favorecida ficará também dispensada da liquidação e o ajuizamento de ação executiva no juízo cível.

Registra-se, ainda, o Art. 92 do CPB³³, o qual trata dos efeitos secundários específicos da condenação, os quais necessitam de uma declaração expressa e motivação na sentença (§ único, 92, CPB).

Discorrendo, ainda, sobre a norma contida no Art. 92, do CPB, principalmente, em seu inciso segundo, percebe, que para a perda de capacidade para o poder familiar, tutela ou curatela, a Lei exige apenas dois requisitos: que o incapacitado pratique crime doloso sujeito a reclusão, contra o filho, tutelado ou curatelado e incompatibilidade do condenado com o exercício do poder familiar, tutela ou curatela.

Nesse sentido, anota Julio F. Mirabete; Renato N. Fabbrini que “exige-se, assim, que o juiz examine os requisitos objetivos e subjetivos do fato, e a decretação deve ser reservada aos casos de maior gravidade ou na hipótese de ser aconselhável a privação do direito interdito como efeito da condenação”. (MIRABETE; FABBRINI, 2011, p. 495).

³³ Art. 92 - São também efeitos da condenação: I - a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo: a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública; b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos. II - a incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela, nos crimes dolosos, sujeitos à pena de reclusão, cometidos contra filho, tutelado ou curatelado; III - a inabilitação para dirigir veículo, quando utilizado como meio para a prática de crime doloso. Parágrafo único - Os efeitos de que trata este artigo não são automáticos, devendo ser motivadamente declarados na sentença.

Por outro lado, o Art. 93, do CPB, em seu § único, reza: a reabilitação poderá, também, atingir os efeitos da condenação, previstos no Art. 92 deste código, vedado reintegração na situação anterior, nos casos do inciso I e II do mesmo artigo.

Nos termos desse dispositivo, a reabilitação (Mirabete; Fabbrini, 2011)³⁴ tem por escopo não apenas assegurar ao condenado o sigilo dos registros sobre seu processo e a condenação ou suspender parcialmente os efeitos específicos da condenação previstos no Art. 92, I e II, CPB, no que se diz, não permite a reintegração na situação anterior, mas suspender integralmente o efeito específico da condenação previsto no Art. 92, III, do CPB.

Já o Art. 94³⁵, *caput*, do CPB, exige, para efeito da reabilitação: a condenação definitiva e o decurso do prazo de dois anos a contar da extinção ou término da execução da pena, podendo ser computado o período de prova de *sursis* e do livramento condicional, desde que esses benefícios não sejam revogados.

E o inciso terceiro do mesmo dispositivo, pressupõe, como um dos requisitos para a reabilitação, o ressarcimento do dano causado pelo crime ou que o requerente demonstre a absoluta impossibilidade de o fazer, até o dia do pedido, ou exiba documento que comprove a renúncia da vítima ou novação da dívida. A respeito disso, sublinha-se também que:

É necessário que a reparação se faça de modo integral, mediante de restituição do necessário para recompor, de maneira mais completo possível, o patrimônio do lesado. Deverá a reparação incluir, além dos juros ordinários, a contar a partir da data do crime e dos compostos, a correção monetária, por ser o ressarcimento do dano *ex delicto* dívida de valor. A reparação de dano moral, porém, só será considerada se houver ação civil instaurada pelo ofendido, não se podendo presumir tal prejuízo. (MRABETE; FABBRINI, 2011, p. 502).

Com efeito, o critério da reparação do dano deve ser amplo e flexível, ainda que possa abranger a atualização monetária, quando for o caso. Ademais, apenas será deferido o requerimento da reabilitação, se ressarcido integralmente o dano material, não moral, pois esse depende de ação cível causado pelo crime, salvo impossibilidade, renúncia ou novação da dívida.

³⁴ Julio Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabbrini. *Código Penal interpretado*. 7ªed. São Paulo: Atlas S.A. 2011. P. 496 – “A reabilitação é a declaração judicial de que estão cumpridas ou estão extintas as penas impostas ao sentenciado, assegurando o sigilo dos registros sobre o processo e atingindo outros efeitos da condenação”.

³⁵ Art. 94 - A reabilitação poderá ser requerida, decorridos 2 (dois) anos do dia em que for extinta, de qualquer modo, a pena ou terminar sua execução, computando-se o período de prova da suspensão e o do livramento condicional, se não sobrevier revogação, desde que o condenado: I - tenha tido domicílio no País no prazo acima referido; II - tenha dado, durante esse tempo, demonstração efetiva e constante de bom comportamento público e privado; III - tenha ressarcido o dano causado pelo crime ou demonstre a absoluta impossibilidade de o fazer, até o dia do pedido, ou exiba documento que comprove a renúncia da vítima ou novação da dívida. Parágrafo único - Negada a reabilitação, poderá ser requerida, a qualquer tempo, desde que o pedido seja instruído com novos elementos comprobatórios dos requisitos necessários.

Pela norma do § único do Art. 94, CPB, porém, caso negada a reabilitação, a mesma poderá ser intentada, a qualquer tempo, desde que o pedido seja instruído com novos elementos comprobatórios dos requisitos necessários.

Portanto, o grande mérito da norma do Art. 94 do CPB, é que ela, à exceção das situações em que o sentenciado poderá se encontrar inabilitado financeiramente para ressarcir o dano causado pelo crime pode propiciar condições para que as responsabilidades sejam assumidas, os males emergidos em decorrência da materialidade do crime minimamente curados e, com isso, abrem-se as portas para a reconciliação e a restauração da paz jurídica e social.

No que diz respeito ao âmbito processual penal, destaca-se, dentre outros dispositivos, o Artigo 29, no qual é admitida ação privada nos crimes de ação pública, desde que essa não seja promovida no prazo legal. Essa norma, como se viu, é um direito e garantia fundamental que confere à vítima uma legitimidade extraordinária, para suprir a inércia do Ministério Público em oferecer a denúncia, desde que observada o prazo legal.

Essa ação, ou seja, a Ação Penal Subsidiária da Pública, contudo, não desnatura a ação penal de seu caráter público, visto que, conforme a parte final do Art. 29, CPPB, pode o órgão acusador aditar a queixa, repudiá-la e oferecer denúncia substitutiva, bem como intervir em todos os termos do processo, fornecer elementos de prova, interpor recurso e, a todo tempo, no caso de negligência do querelante, retomar a ação como parte principal.

Se a vítima se habilitar no processo como assistente de acusação, a legislação processual penal garante-lhe, ainda, o direito de auxiliar a acusação pública, fornecer elementos de prova da materialidade do delito e de controlar a atuação do Ministério Público na ação pública condicionada ou incondicionada.

Essa garantia está estampada, também, nos artigos 268 a 273 do CPPB, o denominado instituto da assistência, que possibilita à vítima ou seu representante legal habilitar-se como assistente do Ministério Público, nas hipóteses em que somente este tem a legitimidade para a propositura da ação, ou seja, na Ação Penal Pública.

Caso haja ausência da vítima ou seu representante, “o direito de oferecer queixa ou prosseguir na ação passará ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão”, desde que observado o prazo de seis meses, a contar do esgotamento do prazo para o Ministério Público oferecer a denúncia (Art. 38, CPPB).

A legislação processual penal garante, ainda, à vítima ou seu representante legal, o direito de requerer ao Juiz a intervenção no processo como parte secundária a partir do

recebimento da denúncia, para defender os interesses econômicos ou a reparação do dano, ou, ainda, visando o aumento da pena contra o infrator.

Tudo isso reitera o empenho do Estado brasileiro em amoldar seu ordenamento jurídico penal e seu procedimento ao paradigma da responsabilização e efetivação dos direitos fundamentais da vítima, conforme a Declaração Universal dos Direitos da Vítima de Crime e do Abuso de Poder.

Este empenho ficou mais explicitado nas últimas modificações legislativas do Código de Processo Penal, principalmente no que tange às alterações e inovações trazidas pela Lei nº 11.719/08, onde a revalorização da vítima se aproximou, ainda mais, da tendência internacional.

Dentre as inovações trazidas pela reforma da legislação processual penal, destaca-se a relativização da nítida separação entre o interesse particular da vítima pela reparação do dano e o interesse penal, pelo que a vítima fica possibilitada a ajuizar ação por iniciativa privada, podendo inclusive influenciar a decisão condenatória da reparação do dano, mediante sua execução, sem a necessidade de um novo processo de conhecimento perante o juízo cível (Artigo 63, CPPB). No mesmo sentido, Guilherme de Souza Nucci aponta que:

Reparação do dano: uma vez que há sentença condenatória em definitivo na esfera criminal, já não se discute culpa no juízo cível, restando, apenas, o debate em torno do *quantum debeatur*, ou seja, da quantia adequada a satisfação do dano sofrido pela vítima. Para quem já sofreu a lentidão no processo criminal, trata-se de segunda *via-crúcis* enfrentada pelo ofendido ou por seus familiares, agora para receber reparação civil. Por isso, o ideal seria autorizar o juiz penal a proceder, sempre que possível e havendo prova nos autos, à condenação também pelo prejuízo sofrido na esfera cível. (NUCCI, 2013, p. 193).

Na verdade, a norma contida no dispositivo processual penal em evidência visa conceder à vítima uma resposta penal mais célere e efetiva. No entanto, se constatada sua extrema pobreza, sendo que essa situação pode dificultá-la para ajuizar a reparatória, a legislação processual penal legitima o Ministério Público a promover e a executar a reparação de danos (Art. 68, CPPB), inclusive de se valer das medidas assecuratórias (hipoteca, sequestro e arresto) no juízo penal (Art. 142) ou juízo cível (Art. 144), para garantir efetividade à reparação, em benefício da vítima.

Essa legitimidade do Ministério Público é uma espécie de substituição processual, pelo que em nada pode desnaturar a legitimidade de a vítima ou seu representante, ou, ainda, em caso do falecimento da vítima, seus herdeiros, propor a ação de execução da sentença condenatória transitada em julgado, até porque o Ministério Público somente entrará em ação somente quando for comprovada, em juízo, a vulnerabilidade econômica e financeira deles.

Já no Artigo 387 do CPPB, que cuida da sentença penal condenatória, foi acrescentado um novo inciso, que obriga o Juiz a fixar, desde logo, um valor mínimo para reparação dos danos que emergem em decorrência do evento delituoso, considerando os prejuízos sofridos pela vítima.

O conteúdo desse dispositivo denota, por excelência, a sintonia entre a reforma introduzida pela Lei nº 11.719/2008 e o Art. 245 da CFB/88, que prevê o amparo às vítimas de violência, inclusive com o princípio da dignidade da pessoa humana, o qual informa e fundamenta o regime democrático brasileiro.

Cabe pontuar, ainda, que a norma contida no Art. 387, IV, do CPPB, deve ser interpretada de forma a garantir à vítima ou, em caso da morte desta, a sua família e dependentes necessitados, integral reparação de dano, sejam eles materiais ou morais, nos termos do Art. 5º, V, da CFB/88, ou cumulativamente, desde que observados todos os pressupostos da ação em seu sentido amplo.

Não custa sublinhar, também, que, nos termos do Art. 5º, LXXV, da CFB/88, a reparação de danos adquiriu *status* consubstanciado em direito fundamental do cidadão, embora inexistia uma expressa menção à pessoa da vítima de criminalidade, e, sim, o dano decorrente do ato ilícito do próprio Estado ou de erro do judiciário que acarrete a privação da liberdade.

Registra, ainda, o Art. 36, § 6º, da CFB/88, que prevê a garantia de que qualquer prejuízo que emerge em decorrência da atividade estatal, independentemente de caracterizar erro judiciário, será reparado pelo Estado.

Essa norma, como se nota, procurou traçar a responsabilidade objetiva (Bahia, 1995)³⁶ do Estado brasileiro e, por isso, não importa se o serviço público foi realizado de forma satisfatória ou não, cabendo apenas à parte interessada provar que o dano que haja suportado decorre do funcionamento do serviço público. Para efeito dessa comprovação exige-se, acima de tudo, que se estabeleça uma relação de causalidade entre o dano moral ou material efetivamente suportado com o comportamento do agente público, como reitera Alexandre de Moraes:

Responsabilidade objetiva e a teoria do risco administrativo: o dano sofrido pelo indivíduo deve ser visualizado como consequência do funcionamento do serviço público, não importando se esse funcionamento foi bom ou mau. Para essa teoria

³⁶ Saulo José Casali Bahia. *Responsabilidade civil do Estado*. Rio de Janeiro: Forense, 1995. P. 59 – “Para se dizer realmente objetiva, a conduta ou deve ser lícita, praticada pelo Estado, e responsabilizá-lo, ou praticada por terceiros, lícita ou não, mas atraindo responsabilidade civil para o Poder Público, sem que houvesse, para o mesmo, qualquer possibilidade de evitá-la (se pudesse, e não o fizesse, estaria agindo com culpa)”.

importa relação de causalidade entre o dano e o ato do agente. (DE MORAES, 2013, p. 894).

A par dessa modalidade de responsabilização, a Carta Magna brasileira prevê também, em seu Artigo 37, § 6º, uma hipótese de responsabilização do Estado ou da pessoa jurídica investida nessa função, como, por exemplo, as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos, pelo prejuízo que seus agentes hajam causado aos administrados, embora assegure o Estado uma ação regressiva contra o responsável, caso haja dolo ou culpa exclusiva deste.

De tudo quanto até aqui exposto, apenas nos resta concluir que, pelo Ordenamento Jurídico Penal Constitucional da República Federativa do Brasil, salvaguarda-se à pessoa da vítima, ou sua família e dependentes necessitados, o direito à reparação civil *ex delicto* pelos prejuízos que hajam suportado em decorrência do delito, embora essa salvaguarda não tenha atingido, como se viu, o condão dos níveis internacionais, principalmente da União Europeia, onde a responsabilização e efetivação da reparação civil *ex delicto* em benefício dos vitimados do Delito Rei, ou seja, homicídio doloso consumado, já é uma realidade.

3.4 O Sistema Jurídico Penal da Tradição Islâmica e a pessoa da vítima

No *Islã* (submissão) (GILISSEN, 2003)³⁷, o conceito de vida e a moralidade são estritamente ligados a *Allah*, Deus pai todo-poderoso e misericordiosíssimo, e o universo é criação dele, que é único, conforme relata Abul A'la Maududi:

Ele criou o universo e só ele é o senhor, soberano e sustentador absoluto. O universo inteiro funciona sob a sua direção divina. Ele é o supremo sábio, o todo poderoso e o onisciente. Ele é *Subboh e Quddus* (Livre de qualquer defeito, erro, fraqueza e puro em todos os sentidos). O homem é a sua criação, sudito e servidor e nasceu para servi-lo e lhe obedecer. (MAUDUDI, 1989, p. 36).

Desse modo, o comportamento do homem deve ser dirigido em completa obediência a *Allah*, sendo responsável perante este por todas as ações que faz na vida. O momento de o homem prestar contas será na vida do além, e não neste mundo. Essa obediência a *Allah*, contudo, não significa desobediência às normas jurídicas, atos ou regulamentos produzidos pelo Estado ou pessoas jurídicas investidas nessa função, como denota Lamine Sissé:

Essa total obediência não significa uma obediência no seu sentido incondicional, ou seja, o humano não terá obrigação de obedecer ao Estado, quando este determina regulamentos e normas complementares que têm conteúdos contrários ao *Alcorão*. Para modernizar as suas normas jurídicas, muitos Estados islâmicos, pelo menos, os menos radicais, habitualmente criam normas complementares ao *Alcorão*, mas

³⁷ Confira-se: John Gilissen. *Introdução histórica ao direito*. 4ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, p. 118 – “o islã é a submissão e obediência aos comandos do Alá”.

nunca tais normas deveriam estar em desconformidade com os princípios Alcorânicos. Em Estados Islâmicos onde impera a aplicação, no máximo possível, das normas jurídicas do Islã os indivíduos humanos têm deveres de prestar total obediência ao Estado, caso contrário, estariam contrariando não somente o Estado em si, mas sim os mandamentos balizados nos livros sagrados que rege toda esta comunidade religiosa. (SISSE, 2013, p. 8).

Tal como sucede com a vida e a moral do muçulmano, o fundamento do sistema jurídico da comunidade religiosa islâmica e de todos aqueles que são adeptos dessa profecia religiosa, onde quer que eles se encontrem, é o livro sagrado do Islã, o *Qorân* (*Corão* ou *Alcorão*) (DAVID, 1998)³⁸, constituído pela palavra literal de Deus, *Allah*, revelado ao profeta Maomé ao longo de um período de 22 anos.

Disso resulta também a identificação do crime com o pecado e, por consequência, a intransigência do sistema jurídico penal islâmico, como dispõe John Gilissen, para quem “o Direito muçulmano não é uma ciência autônoma, mas uma das facetas da religião. Esta compreende a teologia, que fixa os dogmas, aquilo em que o muçulmano deve acreditar e a *Châr'ia* que prescreve aos crentes o que devem ou não fazer” (GILISSEN, 2003, p. 119). Com efeito, a *Al Char'ia* ou *Châr'ia* é o código de leis que rege a vida das pessoas dentro do Islã.

Observa-se, apesar de à *Al Char'ia* ser um sistema jurídico penal de base religiosa, com normas que na maioria das vezes são vistas como duras, por isso caracterizado como intransigente, permite certa flexibilidade, pois existem tipificações penais que podem ser interpretadas como rígidas e outras que não exigem tanta rigidez e permitem a atenuação da pena pelo aplicador da norma jurídica dessa tradição.

No que tange às infrações cometidas dentro de um Estado islâmico, cumpre assinalar que o sistema jurídico penal que rege esta comunidade não se interessa em fazer separação entre crime e pecado, por isso, qualquer que seja a sua natureza, o crime é sinônimo de pecado e merece uma punição em conformidade com as normas da *Al Char'ia* (GILISSEN, 2003)³⁹, as punições variando de acordo com a gravidade das infrações penais. Essas variações podem ser divididas “em três conjuntos especiais: 1 - *Al Hudud*; 2 - *Qisas*; e 3 - *Ta'azir*”. (LOZANO, 2007, p. 431-432).

³⁸ René David. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. Trad.: Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 411 – “O fundamento do direito muçulmano, como o de toda a civilização muçulmana, é o livro sagrado do islã, o Corão (*Qorân*), constituído pelo conjunto de revelações de Alá ao último dos seus profetas e mensageiro, Maomé [...]”.

³⁹ John Gilissen. *Introdução histórica ao direito*. 4ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, p. 119 – “a *Châr'ia* é via a seguir, a lei revelada. Compreende o que chamamos direito, mas também o que o crente deve fazer em relação a Deus (orações, jejuns, etc.)”.

As punições das infrações encontradas no primeiro grupo, que são as mais graves (no ocidente são caracterizadas como crimes hediondos), podem ser fundamentadas no livro sagrado do *Alcorão* e na *Sunnah*. (GILISSEN, 2003)⁴⁰. Nessas, o aplicador da norma jurídica penal tem pouca possibilidade de interpretações extensivas, é exigida a estrita aplicabilidade das normas do *Alcorão*.

Os crimes previstos no *Alcorão*, conhecidos como *Al Hudud*, são interpretados como crimes contra *Allah*, e isso explica a razão da sua rigidez e a identificação da sanção com o estado do pecado.

No quadro dessas infrações, encontram-se: furto; rebelião; banditismo; alcoolismo; adultério; difamação; apostasia. As sanções variam de chicotadas, amputação da mão até pena de morte por lapidação ou decapitação. (LOZANO, 2007)⁴¹.

A principal característica desses crimes é que eles recebem punições fixas, ou seja, aquelas que foram determinadas em termos claros e definidas por *Allah* através do texto revelado no Alcorão Sagrado, ou através da *Sunnah*. Outra característica é que eles são classificados como *Had Allah*, ou seja, o Direito de Deus. Por isso, a sentença proferida é efetivada na sua íntegra.

Entretanto, se a sentença é pronunciada contra uma mulher grávida, será suspensa até que ela tenha dado à luz e se recuperado do parto, como anota Sami Armed Isabelle: “isso é baseado no fato de que o Juiz não tem o direito de infligir qualquer dano à criança pela punição da sua mãe, pois a mesma é inocente”. (ISBELLE, 2007, p. 185). Depois, acrescenta (ISBELLE, 2007): em caso de homicídio deliberado, se o assassino for um herdeiro da vítima, ele poderá ser privado de seu direito de herdeiro.

As infrações previstas no segundo grupo também se encontram gravadas no *Alcorão* e na *Sunnah*, pelo que o aplicador do *Al Char'ia* também tem pouco espaço de flexibilidade, o seu poder discricionário é quase inexistente.

As punições previstas nesse grupo de infrações, na maioria das vezes, são interpretadas como o “*olho por olho e dente por dente*” do princípio talional, isto é, punir o infrator na mesma proporção da infração (revidar ou vingar), conforme Jeremy Bentham:

[...] para fazer a pena exatamente conforme o princípio de Talião deve-se levar em conta a identidade o mais longe que possível: por exemplo, se o delito consiste em queimar uma casa, deveria ser queimada igualmente a casa do réu. [...] quanto mais

⁴⁰ John Gilissen. *Introdução histórica ao direito*. 4ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, p. 120 – “Sunna (= tradição) é o conjunto dos atos, comportamentos e palavras de Moamé (e até dos seus silêncios); tal como foram contados pelos seus discípulos”.

⁴¹ Confira-se: Mario G. Lozano. *Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 433.

a semelhança é específica entre a pena e o delito, tanto é mais conforme a lei de Talião: olho por olho, dente por dente, é o provérbio. A identidade requer não só se castigue a mesma parte, que fez o delito; mas até do mesmo modo: se matou a ferro, fogo ou veneno; deve padecer da mesma sorte, o instrumento deve ser o mesmo. (BENTHAN, 2002, p. 49).

Apesar do rigor, as punições previstas no segundo grupo de infrações são menos severas do que as do primeiro grupo, uma vez que certas infrações penais podem ser substituídas por uma indenização ou até pelo perdão, dependendo da vontade da família da vítima.

Ao *gâdi*, o Juiz (GILISSEN, 2003)⁴², apenas é dado facilitar ou intermediar os processos da indenização e do perdão, mas não pode decidir e determinar tais substituições, uma vez que essa decisão é poder discricionário da vítima ou da sua família (ISBELLE, 2007)⁴³. Em caso de homicídio accidental, será fixada uma indenização ou *Kaffara* – penitência. (ISBELLE, 2007)⁴⁴.

Já os crimes previstos no terceiro grupo são aplicados em casos em que não foi definida uma punição específica para a transgressão através do *Alcorão* e da *Sunnah*, cabendo ao juiz definir o tipo de punição apropriada para tal. Essas categorias são designadas como *Ta'azir*.

Os crimes dessa categoria são interpretados como os de menor potencial ofensivo à comunidade islâmica e suas caracterizações como tal dependem do lugar, do tempo e da comunidade nos quais os atos foram praticados. Pois o que pode ser considerado ofensa ontem pode não sê-la na atualidade. Por outro lado, o que pode ser visto como ofensa em um lugar pode não ser em outro. Ademais, como o mal causado pelas infrações desse grupo é incapaz de trazer graves repercussões para a comunidade islâmica, essas categorias sequer têm uma posição de destaque entre as normas do direito islâmico. É o que ilustra Sami Armed Isabelle:

A *ta'azir* no que diz respeito a prática de um pecado – estará incluído nessa categoria caso a pessoa pratique um pecado que não tenha uma punição especificada no Alcorão ou na Sunna; a *ta'azir* no que diz respeito ao interesse comum – aqui, o

⁴² John Gilissen. *Introdução histórica ao direito*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, p. 120 – “Os juízes (*gâdi*) devem, nas suas decisões judiciais, procurar o que é justo: lutar contra a corrupção, impor o testemunho na justiça, fazer respeitar o peso e a medida exatos; os contratos devem ser executados fielmente, os fracos (mulheres, órfãos, escravos) devem ser protegidos”.

⁴³ Sami Armed Isabelle. *O Estado islâmico e sua organização: sistema político, sistema econômico, sistema jurídico, sistema penal, conceitos de Jihad*. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2007, p. 185 – “os únicos que poderão perdoar o assassino são os parentes da vítima, diferentemente de como ocorre em alguns países que aplicam essa pena, em que o perdão cabe ao chefe de Estado, como é o caso dos Estados Unidos”.

⁴⁴ Sami Armed Isabelle. *O Estado islâmico e sua organização: sistema político, sistema econômico, sistema jurídico, sistema penal, conceitos de Jihad*. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2007, p. 185 – “Não é dado, a um fiel, matar outro fiel, salvo involuntariamente; e quem por engano, matar um fiel, deverá libertar um escravo fiel e pagar compensação à família do morto, a não ser que esta se disponha perdoá-lo, versículo (4:92)”.

ato em si não necessariamente é pecado, a não ser que preencha os pré-requisitos para tal, mas a sua prática poderá ser danosa ao interesse comum, como, por exemplo, pichar os muros da cidade; e *ta'azir* em relação à contrariedade – aqui, temos um ato que é obrigatório e a pessoa deixa de cumprir ou é proibido e a pessoa faz. Por exemplo, o não pagamento do *zakat*. (ISBELLE, 2007, p. 187).

Nessas categorias, o *gâdi* tem uma ampla discricionariedade, principalmente no que tange à liberdade de atuação para individualização das penas. (LOZANO, 2007)⁴⁵. Essa liberdade, contudo, não pode ser carregada de comportamentos arbitrários e nem de abuso de autoridade.

O *gâdi*, para garantir o princípio da imparcialidade, ao decidir casos concretos, deve levar em consideração o consenso da comunidade dos sábios, como, por exemplo, o consenso de *Imãs* (GILISSEN, 2003)⁴⁶ ou de juriconsultos.

Para decidir sobre a infração, o *gâdi* possui um leque de opção por meio do qual se baseará a sua interpretação, como, por exemplo, as circunstâncias em que se deram as transgressões e as condições psicológicas, entre outras.

A pena a ser imputada ao infrator, entretanto, deve ter como propósito “a prevenção de futuras transgressões, a recuperação do transgressor e sem conflitar com os princípios da jurisprudência islâmica”. (ISBELLE, 2007, p. 187).

Dentre as infrações e sanções de *ta'azir* aplicadas na Idade Média pelo islamismo, destacam-se: sodomia; importação, exportação e produção de vinho; deserção; apropriação indébita; falso testemunho; evasão fiscal; corrupção; usura. Já as condenações podem ser desde penas pecuniárias, detenção e banimento, passando pela prisão perpétua, até a pena de morte. (LOZANO, 2007, p. 437).

São essas, portanto, as estruturas do sistema jurídico penal islâmico que, apesar de serem um pouco rígidas e estranhas às outras tradições jurídicas, principalmente as ocidentais, na atualidade, suas sanções nem sempre são aplicadas do mesmo jeito, pois os Estados islâmicos estão encontrando respostas flexíveis às necessidades e valorações jurídicas contemporâneas. Exemplo disso é a presença de bebidas alcoólicas nesses Estados, principalmente nos menos radicais, em que as sanções não são rigidamente aplicadas.

As penalizações bem claras de infrações não são outorgadas ao homem para aplicar a partir da mera suspeita ou suposição, pois todos os membros da comunidade islâmica, a

⁴⁵ Mario G. Lozano. *Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 435 – “Nos delitos do *ta'azir*, a pena é aplicada discricionariamente pelo juiz, segundo um princípio de individualização ao qual os direitos ocidentais chegarão mais tarde”.

⁴⁶ John Gilissen. *Introdução histórica ao direito*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, p. 118 – “O Imã (diretores de orações comuns)”.

princípio, são presumidos inocentes. A penalização “só é permitida depois que recorrer à condenação, e ainda assim, aos limites prescritos pela Lei Islâmica”. (ZAIDAN, 1990, p. 87).

Apesar das especificidades do sistema jurídico penal da tradição islâmica, observa-se que o crime, tal como se define no ocidente europeu, também guarda sintonia com a *Al Char'ia*, ou seja, a todo fato humano que, propositada ou descuidadamente, lese ou ponha em perigo de lesão os bens jurídicos considerados fundamentais para a existência da coletividade e a paz social.

Também, vítima é toda pessoa que, individual ou coletivamente, tenha sofrido o dano, inclusive lesões físicas ou mentais, sofrimento emocional, perda financeira ou diminuição substancial de seus direitos fundamentais, como consequência de ações ou omissões que violem valores fundamentais de um ser humano salvaguardados no *Qorãn*.

Nessa definição, incluem-se os familiares ou pessoas dependentes que tenham relação imediata com a vítima e pessoas dependentes que tenham sofrido danos ao intervir para dar assistência à vítima em perigo ou para prevenir a ação danificadora.

Reitera-se, assim, a percepção de que o *Qorãn* garante e reconhece direitos das vítimas do crime em relação aos postulados de direitos humanos fundamentais, apontando para a importância de uma assistência social, médica e material para atenuar os efeitos negativos do crime.

No que concerne à reparação de danos, importa ressaltarmos que, entre as categorias infracionais anteriormente evidenciadas, o segundo conjunto é menos severo que o primeiro, uma vez que certas infrações penais podem ser substituídas pela indenização ou até pelo perdão, que não dependem do juiz, mas sim da vítima ou de seus familiares.

Ao juiz cabe tão somente o dever de aplicar a pena, facilitar ou intermediar os processos de perdão ou indenização, sendo-lhe expressamente vedado decidir ou determinar tais substituições, uma vez que é um poder discricionário da vítima e sua família.

Essa vedação é o motivo pelo qual, quando a vítima ou seus familiares decidem pela condenação do infrator à morte, o juiz simplesmente ordena a execução segundo as prescrições da *Al Char'ia*.

Porém, se a vítima e sua família decidirem pelo perdão do infrator e requererem a indenização *in pecunia*, também caberá ao juiz homologar a decisão e fazer o levantamento geral dos bens do infrator, desde que respeitada a *quota* parte da família deste, e efetivar a decisão.

A ressalva da *quota* parte é no sentido de preservar um dos pilares “fundamentais do *Islam*, a erradicação da pobreza”. (MAUDUDI, 1989)⁴⁷. É, em verdade, *jihad*, um esforço ou empenho que o muçulmano faz individualmente a fim de não se deixar cair em tentações e cometer o pecado.

Esse esforço ou empenho é contínuo, pode ser tanto para corrigir defeitos e as falhas, como para aprimorar e aperfeiçoar as ações e as condutas, procurando fazer tudo que agrada a *Allah* e se afastar de tudo que lhe desagrade.

O esforço ou empenho se dá também em todos os níveis, como na política, economia, família, educação, na solidariedade com os necessitados e, inclusive, na reparação e assistência às vítimas de crime, etc.; em suma, é obrigação de toda comunidade islâmica e do próprio Estado.

Conclui-se, desse modo, que o sistema jurídico penal também salvaguarda a vítima e sua família, além do direito de anuir, perante o juízo, uma compensação de danos *in pecunia*, como forma de minimizar o sofrimento, a dor da alma e restaurar, minimamente, os prejuízos que hajam suportado em decorrência do ato ilícito de terceiro. Essa compensação de danos *in pecunia* é de inteira responsabilidade do infrator. Contudo, na impossibilidade deste em suprir as necessidades básicas da vítima ou de seus familiares, a responsabilidade passará para o Estado. Isso decorre do jihadismo estatal, ou seja, o Estado tem a obrigação de se empenhar em amparar os necessitados com recursos do erário público. Como testemunha o Dr. Abdul Karim Zaidan:

A fim de implantar o princípio da cooperação obrigatória dos indivíduos vigente na legislação islâmica, o Estado oferece ajuda a toda pessoa necessitada, na proporção de suas necessidades, do erário público. Se o Zakat⁴⁸ não for suficiente para prover as necessidades, estas serão providas do erário, com prioridade sobre outros gastos previstos. (ZAIDAN, 1990, p. 115-116).

Em caso de omissão estatal em cumprir a sua obrigação, assiste à vítima ou seus familiares o direito de sindicar *jus* à compensação de danos *in pecunia* junto ao *gâdi*, o juiz da tradição penal islâmica, sendo este obrigado a decidir em favor daqueles.

⁴⁷ Alimam Abul A'la Maududi. *O Islam: Código de Vida para os Muçulmanos*. São Bernardo do Campo – São Paulo: 1989, p. 52. – “Ao faminto tem que lhe dar a comida, ao que não tem que vestir roupa, e aos feridos ou doentes, tratamento médico, quer pertençam a comunidade islâmica quer não, e mesmo que sejam inimigos dela. Estas e mais algumas estipulações têm sido previstas pelo Islão como direitos fundamentais de cada pessoa, em virtude de seu estatuto de ser humano de que beneficia segundo a Constituição do Estado islâmico”.

⁴⁸ Abdul Karim Zaidan. *O Indivíduo e o Estado no Islam*. Centro de Divulgação do Islam para a América Latina. São Bernardo do Campo, São Paulo, 1990. – “O indivíduo e o Estado no Islam: previdência social para todos os pobres, imposto pela autoridade do poder sempre que necessário”.

O *gâdi* deve, portanto, expedir um mandado judicial obrigando o governante a que este efetive a compensação de danos *in pecunia* ou garanta o sustento da vítima ou de sua família necessitada sem recurso para se manter.

Essa obrigação do *gâdi* decorre do jihadismo judicial, ou seja, a resposta judicial dessa tradição jurídica deve ser pautada nos pilares do *Islã*, como a erradicação da pobreza e da marginalização, bem como no que é justo: lutar contra a corrupção, impor o testemunho na justiça, fazer respeitar o peso e a medida exatos; os contratos devem ser executados fielmente; os fracos – as mulheres, órfãos, escravos, as vítimas necessitadas – devem ao máximo ser protegidos.

Em caso de inabilidade econômica e financeira do Estado para sustentar a vítima ou seus familiares, temendo que o erário público possa esvaziar-se de todos os seus ativos, ou que tais ativos sejam insuficientes para suprir às necessidades emergentes em decorrência do ato infracional, a obrigação de amparar a vítima necessitada ou sua família nessa situação passa para aqueles que sejam componentes entre os muçulmanos, ou seja, a reparatoria será considerada como uma obrigação coletiva de toda a comunidade.

Essa obrigação subsidiária, que atinge a comunidade islâmica como todo, deve-se também à luta incessante para preservar os pilares fundamentais do *Islã*, a erradicação da pobreza e da marginalização. Visa, precipuamente, possibilitar, a todos os membros dessa comunidade, condições materiais básicas indispensáveis para o desfrute da vida condigna.

Esse sistema jurídico penal da tradição islâmica aplica-se a todos os países cuja constituição adote o *Islã* como a religião oficial, ressalvadas algumas inovações jurídicas, principalmente naqueles países que, muito embora islâmicos, são membros da Organização das Nações Unidas.

Aplica-se, também, de forma subsidiária nos países que adotam o sistema de Estado laico, isto é, onde nenhuma religião é tida como oficial, principalmente nas comunidades fragmentadas que professam o *Islã*.

É o que ocorre, por exemplo, na República da Guiné-Bissau e na maioria dos países ou Estados laicos da África, nos quais existe comunidade islâmica, ainda que se diga que, no contexto guineense, sejam grupos minoritários, onde a sentença proferida no âmbito da *Al Char'ia*, na maioria das vezes, tem maior eficácia do que a proferida no âmbito da jurisdição oficial do Estado.

Essa eficácia da jurisdição islâmica deve-se, pois, ao fato de a sentença proferida no âmbito da *Al Char'ia*, na maioria das vezes, ser similar à da jurisdição consuetudinária de

matriz africana. Por outro lado, deve-se à sua conotação religiosa, pois se baseia nas prescrições normativas do código sagrado e visa, precipuamente, renovar a autoridade de *Allah* – Deus pai todo-poderoso e misericordioso da tradição islâmica, a quem todo muçulmano deve obediência e agrado, para que, no além, alcance a sua misericórdia.

3.5 A Vítima no Ordenamento Jurídico Penal e Constitucional da Guiné-Bissau

Na República da Guiné-Bissau, tal como nos demais países cujo ordenamento jurídico pertence à grande família jurídica da tradição romano-germânica, *Civil Law*, a Lei escrita é a fonte primária da produção jurídica.

Esta é a razão por que se adotou a Constituição como norma máxima do ordenamento jurídico guineense, situando-se no topo da pirâmide, como fonte primária de todos os direitos, deveres e garantias fundamentais, conferindo fundamento de validade às leis e demais atos normativos.

Dessa posição hierárquica que a Constituição guineense ocupa na ordem jurídica, resulta a obrigação de se interpretar em conformidade com ela, tanto em seu aspecto formal, na medida em que o Poder Público instituído ou constituído deve subordinar-se às leis abstratas que disciplinam seu exercício, cuja inobservância é sujeita ao controle legítimo do Poder Judiciário, como também em seu aspecto material, no sentido de subordinação de tais poderes ao conteúdo substancial das regras e princípios jurídicos que informam e fundamentam a ordem jurídica instituída.

Discorrendo sobre a Constituição da República da Guiné-Bissau de 1996, constata-se que esta estatuiu, em seu Artigo 1º, que a Guiné-Bissau é uma República soberana, democrática, laica e unitária. São, portanto, esses quatro fundamentos que explicitam a ordem jurídica constitucional guineense.

A soberania significa que o Estado guineense possui a capacidade jurídica para produzir suas próprias normas e instituir a ordem jurídica, de modo que qualquer outro tratado ou norma internacional só terá efeito vinculante se for admitida por essa ordem.

O princípio democrático implica, de um lado, que somente é Constituição, aquela emanada na vontade popular, através do Poder Constituinte originária e, por isso, dotada de vinculação supremacia. De outro, a ideia de a titularidade dos mandatos executivos ou legislativos ser legitimada de forma imediata ou mediata, pelo ato concreto de expressão

popular. Assim sendo, somente são representantes do povo guineense aqueles que, para tal condição, foram eleitos pela população de forma livre e expressa.

O Estado guineense, portanto, está em sua obrigação de se sujeitar às regras do regime democrático, isto é, deixar ser regido pelo direito livremente adotado pela vontade geral (do povo), externada pelos representantes, que atuam em nome daqueles e de acordo com a vontade e opinião deles (liberdade positiva), como de fundamentar suas ações na soberania nacional, pelo que o exercício do Poder Público há de ser pautado no respeito, proteção e promoção dos direitos e liberdades fundamentais do cidadão (liberdade negativa).

Para efeito, o Estado guineense terá que observar também os princípios que norteiam e estruturam o regime democrático por ele adotado, entre os quais: o princípio do Estado de Direito e o princípio democrático, este último congregando o princípio da legalidade, separação de poder, igualdade, liberdade política, justiça social e, principalmente, dignidade da pessoa humana, ainda que se diga que a este último não se encontra expressão, de forma inequívoca, na Constituição da República da Guiné-Bissau.

O princípio “laico”, porém, traduz a ideia de que o Estado guineense não está fundamentado ou predisposto a nenhuma profecia religiosa específica. E já unitário, no sentido de a República da Guiné-Bissau possuir um governo único, conduzido por uma única entidade política, que é exercida de forma centralizada. Por isso mesmo, todas e quaisquer competências dos governos locais estão subordinadas ao governo central.

A Carta Magna Guineense estabelece, ainda, em seu Artigo 19º, que é dever fundamental do Estado salvaguardar, por todas as formas, as conquistas do povo e, em particular, a ordem democrática instituída.

Pela norma contida nesse dispositivo, o Estado guineense está em sua obrigação de se submeter à ordem constitucional instituída e de garantir a participação dos cidadãos na tomada de decisões que dizem respeito ao destino de suas vidas, bem como de tudo fazer para promover, proteger e efetivar os direitos e garantias fundamentais, os quais explicitam o regime jurídico democrático por ele adotado.

O Estado está também em sua obrigação de tudo fazer para inibir e remover quaisquer obstáculos que possam denegar ou comprometer a realização dos direitos e garantias fundamentais.

No Título II, dos direitos, liberdades, garantias e deveres fundamentais, a Carta Magna guineense estatuiu, em seu Artigo 29^o⁴⁹, ponto primeiro, que os direitos fundamentais nela consagrados não excluem quaisquer outros constantes das demais leis da República e das regras aplicáveis de direito internacional. Ainda, assevera, em seu ponto segundo, que os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados em harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem.

A norma prescrita no ponto primeiro desse dispositivo constitucional revela o entendimento de que não são constitucionais apenas os direitos e garantias fundamentais salvaguardados pela Constituição, mas também os são aqueles direitos deduzidos no regime jurídico por ela adotado, bem como os demais direitos fundamentais universalmente reconhecidos.

Com efeito, quaisquer tratados internacionais sobre os direitos humanos fundamentais serão equiparados às normas constitucionais, lembrando que inexistente, no Texto Magno guineense, uma expressa menção sobre a forma como os referidos tratados internacionais devem ser incorporados na ordem jurídica interna.

Analisando o ponto segundo do dispositivo em comento, que prescreve a obrigatoriedade de as normas jurídicas guineenses serem interpretadas em conformidade com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, percebe-se que o Estado guineense reconhece e salvaguarda os direitos e garantias fundamentais. Percebe-se, por outro lado, que a dignidade da pessoa humana, reconhecida, pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, como algo inerente a todos os membros da família humana e fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo, é o fundamento último dos direitos, deveres e garantias fundamentais salvaguardados pela Carta Magna guineense.

Quaisquer atos interventivos do Poder Público guineense, tendentes a alterar, ou a melhorar, as posições jurídicas fundamentais, portanto, devem tirar fundamento último do pressuposto ético da ordem jurídica universal, a dignidade da pessoa humana, sob pena de serem ilegítimas.

De esse dever de todos os atos públicos tirarem fundamento do pressuposto ético da ordem jurídica universal, da dignidade da pessoa humana, decorre também o dever de o Poder Público conferir máxima efetividade aos direitos fundamentais individuais ou coletivos dos cidadãos, inclusive dos que experimentam danos em decorrência do ato infracional.

⁴⁹ Guiné-Bissau. Constituição da República. Artigo 29^o - 1 - Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das demais leis da República e das regras aplicáveis de direito internacional. 2 - Os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Diante do exposto, conclui-se, que a dignidade da pessoa humana é o próprio fundamento da ordem jurídica constitucional guineense, sendo essa fundamentalidade que defere sua aptidão para servir do referencial hermenêutico e do reconhecimento de direitos, cujos conteúdos estão subentendidos nas normas de direitos fundamentais ou nos demais princípios que informam e fundamentam a própria ordem jurídica.

A dignidade da pessoa humana, portanto, é valor-princípio ético e deontológico, a ser invocado para inibir os excessos e limites mínimos dos atos interventivos ou restritivos do Poder Público guineense, em face dos direitos fundamentais.

Segue-se, ainda, o artigo 30º, ponto primeiro⁵⁰, da CRGB/1996, o qual estabelece que os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.

A ideia contida na norma desse dispositivo constitucional objetiva inibir situações de fraude à Constituição, isto é, visa fazer com que todos os órgãos do Poder Público não venham a se furtar à vinculação aos direitos fundamentais, ainda que por meio de uma atuação nas formas do direito privado.

Esta vinculação de forma abrangente resulta do fato de serem as liberdades e garantias fundamentais as principais exigências para a concreção do princípio ético e deontológico da dignidade da pessoa humana, o qual informa e fundamenta a ordem jurídica constitucional guineense.

A Administração Pública ou pessoas jurídicas nessa condição, portanto, apenas devem executar as leis, interpretando-as ou aplicando-as em conformidades com os direitos fundamentais, principalmente com o princípio da dignidade da pessoa humana, sob pena de ver seus atos invalidados pelo Poder Judiciário, quando os mesmos são submetidos ao controle desse órgão jurisdicional.

Essa vinculação se estende, ainda, ao próprio Estado-juiz, na medida em que este está obrigado a fundamentar suas decisões em conformidade com os postulados dos direitos fundamentais e o princípio da dignidade da pessoa humana, vetor interpretativo em Estado Democrático de Direito.

Estende-se, também, ao legislador infraconstitucional, na medida em que esse órgão legiferante do Poder Público, na sua competência conformadora dos direitos fundamentais, deve se pautar sempre na máxima concreção e realização desses direitos.

⁵⁰ Guiné-Bissau. Constituição da República. Art. 30º - 1 - Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.

Sujeitam-se, a essa vinculação, as pessoas jurídicas de direito público, nas suas relações com as de direito privado, ou entre estas e aquelas, ou, ainda, nas suas relações com os particulares ou estes entre si, devendo todos eles pautar suas relações pelo verdadeiro respeito à dignidade de seus semelhantes.

O artigo em comento deixa transparecer, ainda, que os direitos, liberdades e garantias fundamentais são diretamente aplicáveis. Esse entendimento, contudo, não pode prosperar em sua plenitude, haja vista a existência de alguns direitos fundamentais que, atendendo a sua natureza prestacional ou social, dependem de uma postura ativa por parte do Poder Público, e não só, como exigem, em tese, como se verá, a observação das circunstâncias socioeconômicas. Fora dessas situações, advogamos em favor de tal aplicabilidade imediata.

Segue, ainda, o artigo 32º da CRGB/1996, que garante a todos os guineenses, bem como aos estrangeiros, o direito de recorrerem aos órgãos jurisdicionais, contra os atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição e pela Lei, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios econômicos.

Essa norma, como se percebe, traduz a ideia da inafastabilidade da jurisdição e do acesso de todos os cidadãos aos órgãos do Poder Judiciário, a fim de sindicarem, junto a este órgão, a solução de conflitos de seus interesses individuais ou coletivos. Dela pode-se extrair, de um lado, da ideia de uma assistência jurídica gratuita e, por isso, independentemente de condição econômica e financeira do cidadão guineense, que este pode pleitear, judicialmente, a solução de conflito de seu interesse. Por outro, a obrigação de os órgãos jurisdicionais, principalmente a procuradoria do Estado guineense, prestarem a assistência judiciária aos cidadãos necessitados em matéria cível ou criminal, devendo essa assistência ser gratuita, integral e efetiva.

Toda vez que o cidadão guineense se sentir incomodado ou comprometido seu direito fundamental, terá ele, portanto, independentemente de sua condição financeira, o direito de obter uma tutela judicial efetiva, sendo que o juiz, no exercício regular de sua competência e perante os interesses legítimos, é obrigado a cumprir as condições da ação e os pressupostos processuais legalmente estabelecidos pela ordem jurídica constitucional.

O Estado, ao prestar assistência jurídica integral e gratuita para os cidadãos carentes, desde que comprovada essa carência, implica que está cumprindo seu papel de promoção ao acesso à justiça, bem como de efetivar os princípios constitucionais, como, por exemplo, a igualdade, ampla defesa, contraditório, principalmente o devido processo legal, entre outros.

Cumpra assinalar, aqui, que todos esses princípios devem ser assegurados cumulativamente aos interessados, em qualquer processo judicial que envolva seus interesses.

Ocorre, porém por falta de publicitação das leis transplantadas na República da Guiné-Bissau, falta de acesso aos meios de informação, adensadas pelo alto índice de analfabetismo, precariedade de serviços e ineficácia das decisões proferidas pelos órgãos jurisdicionais, a maioria da população sequer exerce esse direito de forma regular.

Esta é a razão por que continua a vigor também a jurisdição consuetudinária de matriz africana, normalmente recorrido pela maior parte da população para a solução de conflitos de seus interesses, sem perder de vista a questão da espiritualidade e a vigência dos modelos de gestão de conflito do código da *Al Shari'ah* em pequenas comunidades que professam o Islã.

Deve sublinhar que o direito fundamental à assistência jurídica integral e gratuita abrange tanto as situações em que o litigante judicial comprovar carência econômica e financeira, sendo essa situação que lhe impossibilita de honrar o compromisso com os honorários advocatícios ou custas processuais, sem prejuízo para seu próprio sustento ou de sua família, quanto aquelas situações em que o cidadão experimenta o sofrimento, dano físico ou moral e pretende sindicá-lo seu direito a reparação de danos ou seu apuramento, ou ainda assistencialmente, como forma de mitigar tal sofrimento e restaurar, dentro do possível, os prejuízos que haja suportado em decorrência do delito.

Segue-se, também, o Art. 33^{o51} da CRGB/1996, que prevê a responsabilização objetiva e solidária do Poder Público ou pessoas jurídicas investida nessa condição, pelos danos ou prejuízos que hajam infligido ao cidadão.

Seguindo a letra desse dispositivo, não restam dúvidas de que o Poder Público guineense é responsável por quaisquer danos que os agentes da Administração Pública, direta ou indireta, inflijam aos administrados.

Entretanto, como essa norma silencia quanto ao fato gerador da responsabilidade, entendemos que esse independe da verificação se o funcionário agiu bem ou mal, e/ou em pleno exercício da sua função, importando somente a materialidade do evento danoso em face do administrado.

O Poder Público guineense, portanto, apenas fica desobrigado da responsabilização pelos danos que haja causado em face dos administrados, quando esse decorra de força maior,

⁵¹ Guiné-Bissau. Constituição da República. Artigo 33º - o Estado e as demais entidades públicas são civilmente responsáveis, de forma solidária com os titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes, por ações ou omissões praticadas no exercício das suas funções, e por causa desse exercício, de que resulte violação dos direitos, liberdades e garantias, ou prejuízo para outrem.

caso fortuito, ou, ainda, de comprovada culpa exclusiva da vítima. Aliás, mesmo assim, estará ele, o Poder Público, em tese, obrigado a assistir o administrado.

Destaca-se, também, o ponto primeiro do Artigo 37º da CRGB/1996, que estabelece que a integridade moral e física dos cidadãos é inviolável. Esse preceito denuncia que a Carta Magna guineense não admite qualquer dúvida sobre a obrigatoriedade de indenizar o dano moral ou cumulação deste com danos materiais, inclusive a sua satisfação por exclusividade. Há a obrigação de indenizar por danos morais, pois o ato infracional pode abalar a integridade psíquica e as relações sentimentais ou emocionais, entre outras situações.

Sempre que o cidadão guineense, seja na sua relação na esfera privada ou com o Poder Público, ou, ainda, com a pessoa jurídica investida nessa condição, esta última em detrimento de serviço público, se sinta incomodado ou comprometido em seu direito fundamental, assiste-lhe o direito de se recorrer ao órgão jurisdicional, a fim de reaver os prejuízos que haja suportado em decorrência do ato ilícito daqueles.

Ressalte-se, contudo, que, se a culpa for exclusiva da pessoa da vítima, sendo comprovado que o Poder Público, ou pessoa investida nessa condição, em nada contribuiu para a produção ou a materialidade do evento danoso, ficará ele, em tese, desobrigado da responsabilidade de reparar os danos.

Se houver, porém, a culpa concorrente, haja vista a *quota* participação do Poder Públicas, ou pessoa jurídica investida nessa condição, na produção ou materialidade do evento danoso, a Administração será não só responsabilizada até a sua *quota* participação ou contribuição, mas verá também atenuado o *quantum* indenitário a ser arbitrado pelo Estado-juiz.

Em se tratando de erro do Estado-juiz, caberá também o pleito da reparação de danos morais ou materiais, ou cumulativamente. Contudo, deve-se comprovar o dano e sua relevância. Sobre este ponto de vista, pontua-se que:

[...] Os atos realizados pela autoridade judiciária podem ocasionar responsabilidade civil tanto para esta quanto para o Estado de que é órgão. A necessidade de reparar os erros dos juízes tem fundamento político-jurídico indisputável. Primeiramente, é preciso manter no espírito público a consciência de que o Estado protege sempre os direitos e garantia do indivíduo e da sociedade, sejam esses direitos privados ou públicos e essas garantias estritamente jurídicas ou jurídico-políticas. A mesma solidariedade, que nasce em face do perigo ou do delito, deve surgir ante a inocência castigada. (BAHIA, 1993, P. 303 – 306).

A responsabilização do Estado, com efeito, independe da verificação da culpa ou de dolo exclusivo do Estado-Juiz. Assim sendo, caso ocorra o erro por parte do magistrado, cabe

apenas à sociedade representada pelo Estado, indenizar, ainda que de modo assistencial, o cidadão vitimado pelo incomodo ou comprometimento em seu direito fundamental.

Se se tratar de circunstâncias em que a lesão resulte em morte ao administrado, observa-se que, tendo em conta que o resultado “morte” pode suprimir ou comprometer a existência digna dos familiares e dependentes necessitados que dependiam dele para se manter, estes estarão legitimados a sindicar, judicialmente, a reparação civil *ex-delito* ou assistencial, como forma de restaurar a existência condigna ante o evento delituoso.

Registra-se, também, o Artigo 42^{o52} da CRGB/1996, o qual prevê as garantias da ampla defesa e o contraditório. Essas salvaguardas denotam que, à luz do ordenamento jurídico constitucional guineense, também se garante a todos os cidadãos o direito fundamental de ação.

A ampla defesa significa que a Carta Magna guineense garante a todos os cidadãos, inclusive os estrangeiros, as condições jurídicas de ação, que lhes possibilite trazer, para o processo, todos os elementos atinentes a esclarecer o conflito de seus interesses, ou de ficarem calados quando assim lhes convier.

O contraditório, que também já se poderia deduzir dentro da ampla defesa, implica que a todo ato produzido em juízo caberá, em igual modo ou proporção, o direito de a outra parte opor-lhe ou dar-lhe versão que lhe convenha, ou, ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita por outro litigante no mesmo processo.

A garantia da ampla defesa, tal como a do contraditório, decorre do princípio maior do direito à ação, o devido processo legal, o qual tem por escopo a proteção dos direitos fundamentais à condição humana exposta ao arbítrio do Poder Público, ou de pessoas jurídicas investidas nessa condição, inclusive de terceiros.

Já o ponto primeiro do Artigo 125^o da CRGB/1996 prescreve que é o Ministério Público o órgão do Estado encarregado, junto dos tribunais, de fiscalizar a legalidade e representar o interesse público e social. Com efeito, é o titular da Ação Penal Pública.

Discorrendo sobre o comando contido nesse preceito, denota-se que é o Ministério Público o órgão do Poder Público guineense que se incumbe, constitucionalmente, de averiguar, por exclusividade, a legitimidade dos atos que dizem respeito aos interesses públicos.

⁵² Guiné-Bissau. Constituição da República. Artigo 42^o, ponto 1 - o processo criminal assegurará todas as garantias de defesa. E no ponto 5 - o processo criminal tem estrutura acusatória, estando a audiência de julgamento e os actos de instrução que a lei determina subordinados ao princípio contraditório.

Como bem preceituado, o Ministério Público, no exercício de sua função, está obrigado a averiguar se os atos interventivos ou restritivos do Poder Público, em face dos interesses públicos, estão ou não em conformidade com as normas que deram origem a sua institucionalização, às quais devem tirar também obediência.

Existem, porém algumas circunstâncias em que o ato interventivo ou restritivo do Poder Público, apesar de ser legal, pode ser desproporcional em face dos direitos fundamentais dos administrados. Diante dessas circunstâncias, cabe ao Ministério Público também averiguar essa desproporcionalidade e invocar sua ilegitimidade junto ao juízo competente.

Essa legitimação do Ministério Público em face dos atos normativos, decisórios ou executórios do órgão do Poder Público, ou de pessoas jurídicas investidas nessa condição, decorre do regime democrático adotado pelo Estado guineense.

Com essa legitimação do Ministério Público, a Carta Magna guineense quis, pois, coibir todos os atos interventivos ou restritivos do Poder Público em face dos interesses públicos ou dos direitos fundamentais expressos ou não em seu texto, ou, ainda, em leis infraconstitucionais, inclusive os atos discricionários, que excedam o limiar máximo ou mínimo necessário permitido.

No que se refere à proporcionalidade, importa ressaltar que essa, modernamente, vem sendo aplicada a qualquer ato do Poder Público em face dos direitos fundamentais dos administrados, inclusive nos do legislador infraconstitucional, na sua atividade conformadora dos direitos fundamentais, e nos atos do Poder Judiciário, este na sua função concretizadora dos direitos e garantias fundamentais.

Retroagindo a Ação Penal Pública, vale ressaltar que essa é deferida, por exclusividade ao Ministério Público, nos delitos cujo resultado é uma ofensa contra o bem ou interesse jurídico cuja natureza seja de interesse público. Essa legitimação é exclusiva do Ministério Público, haja vista a impossibilidade de identificar a titularidade do bem ou interesse jurídico objeto lesionado e, por isso, indisponível, ou seja, que não está à mercê da vontade de quem quer que seja para a sua postulação, devendo somente o Ministério Público, mediante as provas disponíveis, postular a ação no juízo competente. Aí está, também, por que essa ação é denominada de pública incondicionada.

Dizer que o Ministério Público é o titular da Ação Penal Pública significa que é o órgão oficioso do Poder Público, ao qual se incumbe, dentro da ordem jurídica instituída, a função de decidir se a ofensa contra um bem ou ordem pública deve ou não ser levada ao

conhecimento do Estado-juiz para o seu julgamento, ou seja, dito da melhor forma, de decidir se a comunidade deve ou não dar uma resposta ao caso concreto.

Acontece, porém, que na praxe jurídica guineense essa legitimação do Ministério Público tem constituído uma enorme ameaça em face dos direitos fundamentais dos cidadãos, principalmente os dos vitimados.

A ameaça aqui denunciada se dá porque o Ministério Público guineense vem se revelando bastante deficitário em relação ao apuramento da materialidade dos crimes contra a vida, tanto é que a República da Guiné-Bissau conhece, na atualidade, um excesso de processos arquivados, sendo todos os arquivamentos motivados por falta de provas ou de quem é o presumível autor do delito, embora a sociedade e os vitimados saibam quem são seus criminosos, talvez porque a maioria deles sejam sempre os senhorios da sociedade guineense.

Enfim, nesse contexto em que o Ministério Público se revela bastante deficitário ou inapto a cumprir suas obrigações constitucionais, não restam dúvidas de que os direitos fundamentais dos cidadãos estão sendo bastante vulnerados.

No que se refere ao Direito Penal, observa-se que essa legislação infraconstitucional guineense prevê, no ponto primeiro do Art. 84^{o53}, a obrigação de os danos decorrentes dos atos infracionais serem ressarcidos, devendo, para efeito, ser decretados oficialmente pelo tribunal competente.

Pela norma desse preceito penal, portanto, o magistrado está em sua obrigação de firmar a reparação de danos na sentença penal condenatória, considerando, sempre que possível, os prejuízos e danos suportados pela vítima ou sua família e dependentes necessitados, que dela dependem para se manter. A forma como se deva proceder para fixação do ressarcimento, porém, encontra-se regulamentada pelo Art. 70^o do Código de Processo Penal guineense⁵⁴.

Seguindo, ainda, o ponto primeiro do Art. 84^o do CPGB, denota-se que, pela norma nele contida, a obrigação de reparar o dano deve ser determinada dentro da sentença

⁵³ Guiné-Bissau. Código Penal - Artigo 84^o, que trata da “Indemnização pelos danos causados: 1. A indemnização de perdas e danos emergentes de um crime é obrigatória e oficiosamente decretada pelo tribunal; 2. Os pressupostos e o cálculo da indemnização regulam-se pelas normas de direito civil substantivo; 3. O responsável pela indemnização pode efectuar transacção da mesma dando disso conhecimento ao tribunal, sob pena de ineficácia do acto”.

⁵⁴ Guiné-Bissau. Código Penal - Artigo 70^o - Indemnização por perdas e danos: 1. O pedido de indemnização por perdas e danos emergentes da prática de um crime é formulado no processo-crime; 2. Se as pessoas com legitimidade não formularem o pedido de indemnização o tribunal, oficiosamente, arbitrará-la-á; 3. Excepcionalmente, permite-se a dedução do pedido de indemnização em separado, sempre que: a) O processo penal estiver parado por período superior a 6 meses; b) o processo penal deva correr termos perante o tribunal militar; c) O processo penal terminar antes de ser proferida sentença final.

condenatória do mesmo processo e se refere apenas aos efeitos penais da condenação, o que difere essa reparação dos fins e fundamentos da condenação cível, embora os pressupostos e seu cálculo estejam regulados pelas normas do Direito Civil substantivo.

Igualmente, denota-se que, mesmo em caso de a pessoa da vítima não ter invocado a reparação por perdas e danos decorrentes do delito, fora ou dentro do mesmo processo, o magistrado estaria obrigado, em caso de condenação do infrator, a arbitrá-la.

Dentre as possíveis lacunas do ponto primeiro do artigo em comento sobressai, entre outros aspectos, o fato de esse não ter evidenciado, inequivocamente, os tipos de danos que podem ser objeto do ressarcimento, pelo que se recomenda a sua conjugação com a norma do Artigo 37º, ponto primeiro, da CRGB/1996, o qual estatui que a integridade moral e física dos cidadãos é inviolável, para que se possa ter uma indenização integral.

O ponto segundo do Art. 84 do CPGB, porém, estatui que o apuramento da indenização penal de danos far-se-á no juízo cível. Dessa forma, constata-se que à luz do ordenamento jurídico guineense há uma interdependência entre a ação penal e a cível. Ademais, que o sistema adotado por esse ordenamento jurídico é o da separação entre a ação penal e a cível, ainda que se diga que tal separação não seja rígida, pois o apuramento dos danos faz-se na seara cível.

Já o ponto terceiro do Art. 84º do CPGB evidencia a possibilidade de a indenização ser levada a efeito mediante a transação, desde que tal ato seja cientificado junto ao juízo competente.

Embora reconhecendo os benefícios da norma do ponto terceiro para a vítima, haja vista a possibilidade de esta ver ressarcido o dano de forma mais célere, sem necessidade de enfrentar um longo processo, entendemos que seu conteúdo deve ser restringido, uma vez que nem todos e quaisquer crimes podem ser objeto de tal transação penal, ainda que se diga que essa norma se refere apenas ao ressarcimento de danos na fase executória.

Em se tratando de homicídio doloso consumado, que a presente proposta designa simplesmente por Delito Rei, por exemplo, como seu resultado é a cessação da vida humana, a Constituição legitima apenas o Ministério Público para intentar a ação penal e fiscalizá-la. Dessa competência decorre, também, a obrigação do Ministério Público de ajuizar a ação indenitária por danos e fiscalizar o apuramento do seu respectivo *quantum*. Essa obrigação do Ministério Público, pois, como se diz no linguajar comum, “se é filho de peixe, peixinho é”, pois bem, se a vida humana é um bem jurídico de interesse público, isso quer

significar, como se verá, que quaisquer consequências ou prejuízos que emerjam em decorrência de sua cessação também são de interesse público.

É nesse contexto, portanto, que descartamos também qualquer iniciativa transacional entre os particulares no apuramento da indenização a ser devida aos vitimados do Delito Rei, exceto as situações em que essa transação seja promovida por iniciativa privada do Ministério Público e devidamente fiscalizada por este órgão, mediante a anuência dos vitimados, conforme preceitua o Art. 66º, “a”, do Código de Processo Penal da Guiné-Bissau⁵⁵, que legitima à pessoa da vítima assistir o Ministério Público em processo penal.

A norma contida nesse preceito, isto é, na alínea “a” do Art. 66º do CPPGB, é bastante sábia, pois não há como considerar os prejuízos sofridos pela pessoa da vítima sem que ela própria se manifeste nos autos da execução penal, trazendo todos os elementos que comprovam os danos, justificam sua extensão e especificam o seu valor.

A legitimação infraconstitucional da vítima como assistente deixa perceber que, pelo sistema jurídico penal guineense e seu processo, ao mesmo tempo em que obriga o Estado-juiz a firmar a reparação de danos na sentença penal condenatória, e legitima o Ministério Público a ajuizar ou fiscalizar seu apuramento e efetivação, também legitima à pessoa da vítima o direito de ingressar no mesmo processo e formar polo ativo juntamente com aquele órgão de representação oficioso do Estado.

Faz-se importante anotar, ainda, que essa legitimação infraconstitucional da vítima como assistente representa um ganho maior para a ela, haja vista que estará mais confortável para fiscalizar a atuação do Ministério Público, sendo que, em caso de comprovada inércia deste órgão em perseguir a ação, desde que comprove que essa inércia poderá lhe causar danos maiores e irreparáveis, poderá dar prosseguimento ao feito, como forma de se livrar de nova vitimação.

Dessa legitimação da vítima como assistente do Ministério Público em processo penal decorrem, também, seu direito de fazer a acusação, ainda que pelos fatos idênticos aos do Ministério Público; o direito de ela mesma, a vítima, formular o pedido de indenização pelos prejuízos que haja suportado em decorrência do delito, conforme reza o Art. 212º do CPPGB⁵⁶; e o direito de ingressar, desde a fase acusatória ou em momento posterior da

⁵⁵ Guiné-Bissau. Código de Processo Penal - Artigo 66º: Podem constituir-se assistentes em processo penal, além das pessoas a quem leis especiais conferirem esse direito: a) Os ofendidos, considerando-se como tais os titulares dos interesses que a lei especialmente quis proteger com a incriminação, desde que maiores de 14 anos à data da constituição.

⁵⁶ Guiné-Bissau. Código de Processo Penal - Artigo 212º - Acusação do assistente - 1. Se o Ministério Público tiver despachado no sentido da abstenção, o assistente poderá acusar definitivamente pelos factos que julgue suficientemente indiciados, nos cinco dias imediatos à notificação referida no artigo anterior; 2. Acusando o

instrução processual, como assistente, ainda que esse ingresso não possa retroagir o curso regular da instrução, etc.

Finalmente, o Artigo 217º do CPPGB⁵⁷ garante à vítima, em casos de inércia ou omissão do Ministério Público, o direito de sindicar a reparação de danos, de indicar as provas não invocadas no despacho daquele órgão acusatório de representação do Estado e de arrolar testemunhas, desde que observado o prazo legal para tal feito, bem como o direito de manifestar-se oralmente nos autos da execução, etc.

Observa-se, porém, que, na práxis jurídica guineense, a maioria desses direitos garantidos no âmbito infraconstitucional não vem sendo observada. Essa inobservância fica mais evidente no âmbito da reparação civil *ex delicto* em benefício dos vitimados do Delito Rei que, conforme anotação supra, não se encontra evidenciada, inequivocamente, na legislação infraconstitucional e, para piorar, sequer consta no rol dos direitos e garantias fundamentais salvaguardadas pela Carta Magna guineense, o que deflagra insuportável afronta aos direitos fundamentais das vítimas do Delito Rei e golpe para o próprio regime jurídico democrático adotado pelo Estado guineense.

Demonstra-se urgente, portanto, uma postura ativa do legislador infraconstitucional guineense, através da sua competência conformadora dos direitos fundamentais, no sentido de conferir ao direito à reparação civil *ex delicto status* constitucional, passível de ter eficácia imediata e plena, característico dos direitos fundamentais.

Assinala-se, ainda, que a omissão do Poder Público para com a sua obrigação constitucional de conferir máxima realização ao direito à reparação civil *ex delicto*, principalmente os do vitimado necessitado do Delito Rei, não se reduz à insuficiência econômico e financeira ou precariedade das instituições da República, como se deduz, mas por falta de vontade política adensada pela pacificidade da população, que, como é hábito do guineense, recorre à jurisdição costumeira de matriz africana ou à islâmica, para os que professam essa religião, ou, ainda, à espiritualidade para solução de conflitos de seus interesses, sejam eles públicos ou privados.

Ministério Público, o assistente pode acusar por factos idênticos ou acompanhar a acusação do Ministério Público, no mesmo prazo anteriormente referido; 3. Ao deduzir acusação o assistente pode formular o pedido de indemnização pelos danos sofridos em consequência do crime; 4. É correspondentemente aplicável o disposto no artigo 207º, n.ºs 1 e 3.

⁵⁷ Guiné-Bissau. Código de Processo Penal - Artigo 217º - Pedido de indemnização - 1. Nos casos em que o assistente não tenha deduzido acusação poderá, querendo, requerer a indemnização a que se julgue com direito e indicar provas não mencionadas no despacho de acusação do Ministério Público, no mesmo prazo em que o suspeito poderia ter apresentado a contestação e o rol de testemunhas; 2. E correspondentemente aplicável o que dispõe o artigo 215º, n.ºs 2 e 3; 3. Não é admissível a apresentação de qualquer articulado em resposta ao pedido de indemnização. A oposição ao pedido será efectuada na audiência.

O recurso às práticas das jurisdições costumeiras se deve, infelizmente, à marginalização a que a pessoa da vítima ou sua família e dependentes estão predispostos pelo modelo de reação jurídica penal transplantada e vigente na República da Guiné-Bissau, o qual se concentra demasiadamente no infrator para intimidar ou punir, ou ressocializar, e relega aqueles para o lugar periférico do processo, sem a mínima possibilidade de serem compensados pelos prejuízos que hajam suportado em decorrência da materialidade do delito.

Como denunciado, o sistema de gestão do conflito criminal vigente na República da Guiné-Bissau revela-se bastante deficitário em relação ao sistema de gestão do conflito criminal da União Europeia e o da República Federativa do Brasil, no que tange à salvaguarda, às vítimas do Delito Rei, o direito à reparação de danos pelos prejuízos que hajam suportado. Ademais, sequer sintoniza com o paradigma de gestão do conflito criminal assente nos valores como os da inclusão, da paz jurídica e social, e da dignidade humana, e que pugna pela responsabilização e efetivação dos direitos fundamentais de todos os envolvidos no conflito delituoso.

Nada mal pontuarmos, aqui, que quando o assunto é a efetivação dos direitos fundamentais ou a dignidade do ser humano, esse transcende a ordem jurídica interna de um determinado Estado (NEVES, 2009)⁵⁸, e pressupõe entrelaçamento entre várias ordens jurídicas, na busca de soluções humanamente justas. Sugere-se, acima de tudo, um maior grau de cooperação entre os Estados-membros da ONU, signatários da Declaração Universal dos Direitos Humanos e da Declaração dos Direitos das Vítimas de Crime e de Abuso do Poder, inclusive dos países islâmicos, haja vista que um dos pilares fundamentais do Islã é a erradicação da pobreza e da marginalização.

Nesse contexto, portanto, que o ordenamento jurídico Penal e Constitucional brasileiro, principalmente o seu *persecutio* penal, denota hábil a oferecer valiosa contribuição, para que o Poder Público da República Guiné-Bissau, através da sua competência legiferante, reconheça, em nível constitucional, a reparação civil *ex delicto* como direito fundamental da vítima do Delito Rei ou de seus dependentes necessitados e, com efeito, amoldar seu *persecutio* penal com o paradigma de gestão de conflito criminal emergente, assente nos valores como os da inclusão, da paz jurídica e social, e da dignidade humana.

⁵⁸ Marcelo Neves. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 120 – “os problemas dos direitos fundamentais ou direitos humanos ultrapassam as fronteiras, de tal maneira que o direito constitucional estatal passou a ser uma instituição limitada para enfrentar esses problemas. [...] o tratamento desses problemas deixou de ser um privilégio do direito constitucional estatal, passando a ser enfrentado legitimamente por outras ordens jurídicas, pois eles passaram a apresentar relevantes para esses”.

Senão vejamos: o *persecutio* penal, o qual possibilita a vítima ou seu representante legal ingresse diretamente, com ação penal, por meio de oferecimento da queixa, quando o Ministério Público, nos casos de Ação Penal Pública, deixe de fazê-lo no prazo legal (Art. 5º, LIX, CFB/88) ou, ainda, garante-lhes, o direito de requerer ao Estado-Juiz a intervenção no processo como parte secundária a partir do recebimento da denúncia, para defender os interesses econômicos ou a reparação do dano ou visando o aumento da pena contra o infrator, não só confere à vítima ou seu representante legal, um instrumento hábil para controlar o que está sendo decidido em seu nome, mas, e principalmente, controlar possível abuso do órgão acusador da representação do Estado.

De igual modo, o *persecutio* penal no qual a vítima fica possibilitada a ajuizar ação por iniciativa privada, podendo inclusive influenciar a decisão condenatória da reparação do dano, mediante sua execução, sem a necessidade de um novo processo de conhecimento perante o juízo cível (Artigo 63, CPPB), não só garante aos vitimados, um tratamento digno, humano e justo, mas também materializa o direito fundamental da ação em seu sentido amplo.

Por outro lado, o *persecutio* penal, que garante as vítimas de crimes ou a seus dependentes, uma reparação civil *ex delicto* por danos materiais ou morais, e vincula o salário do condenado ao atendimento, em ordem de preferência: a) indenização dos danos causados pelo crime, desde que determinados judicialmente e não reparados por outros meios (Art. 29, LEPB), e, ainda, em que a prestação pecuniária cuida de pena restritiva de direitos e consiste no pagamento *in pecunia*, à vítima e seus dependentes, sendo este *quantum* não inferior a um salário-mínimo nem superior a 360 vezes esse salário mínimo (Art. 45, §1º, do CPB), não só atende os interesses dos vitimados, mas também, materializa o mandamento constitucional do mínimo existencial, fundamento último de qualquer ordem jurídica democrática.

Também, o *persecutio* penal, onde os efeitos da condenação é tornar certa obrigação de indenizar o dano causado pelo crime (Art. 91, I, do CPB), sem necessidade de pronunciamento por expresse pelo Estado-Juiz na sentença condenatória e constitui título executivo judicial para uma eventual ação executória de natureza *reparatória* cível por danos. Ademais, onde se exige: a reparação do dano, ou a prova de impossibilidade de reparar, como fator condicionante da substituição das condenações obrigatórias do “sursis” (Art. 78, §1º e §2, CPB); e o ressarcimento do dano causado pelo crime como requisito para a reabilitação, salvo demonstração da impossibilidade de ressarcimento ou exibição de documento que comprove renúncia da vítima ou novação da dívida (Art. 94, III, do CPB), não sobram dúvidas de que o mesmo propicia condições para que os males emergidos em

decorrência da materialidade do evento delituoso sejam minimamente curados e, com isso, abrem-se as portas para a reconciliação e a restauração da paz jurídica e social.

São, portanto, esses e outros mecanismos jurídico-penais do Ordenamento Jurídico Penal Constitucional brasileiro, que a presente proposta acredita podem marcar ponto na ordem jurídica interna da república da Guiné-Bissau, especificamente, em seu *persecutio* penal, tornando-lhe humanamente mais justa, digno e legítimo capaz de trilhar com o sistema sociotradicional de gestão de conflito criminal e, inclusive, com a islâmica.

Importa recordar que pelo sistema sociotradicional de gestão do conflito criminal guineense, a compensação de danos às vítimas ou a seus familiares, precede quaisquer outras obrigações processuais fixadas em uma sentença condenatória, e visa não somente mitigar o sofrimento, a dor da alma ou restaurar, dentro do possível, os prejuízos suportados pela vítima ou sua família, mas atenuar a pena por cabeça, se ao infrator, ou a expulsão e ridicularização, se à sua família. Ainda, a compensação de danos inibe os atos de vingança, execuções, retaliações, extermínios e a pena de prisão como medida correcional, bem como abre as portas para a reconciliação entre o infrator e a vítima, ou entre sua família e a comunidade étnica.

Também nada impede recordar que pelo sistema penal da tradição islâmica, a vítima e sua família, além do direito de anuir, perante o juízo, fazem *jus* a compensação de danos *in pecunia* ou assistencial, como forma de mitigar o sofrimento, a dor da alma e restaurar, minimamente, os prejuízos que hajam suportado em decorrência do ato ilícito de terceiro, até porque um dos pilares dessa tradição, do *Islã*, é a erradicação da pobreza e da marginalização.

Acreditamos, por fim, apenas o reconhecimento da reparação civil *ex delicto* em nível constitucional, como direito fundamental da vítima do Delito Rei ou de seus dependentes necessitados, mediante a observação das garantias fundamentais do direito da ação, pode tornar o Direito Penal da República da Guiné-Bissau e seu *persecutio*, mais humano e eficaz, capaz de se amoldar não somente ao paradigma emergente de gestão do conflito criminal, assente nos valores como os da inclusão, da paz jurídico-social e da dignidade humana, mas também, absorver os costumes contra *lege*, isto é, o recurso às práticas irracionais superadas pelo tempo, como a espiritualidade ou o Código da *Al Shar'ia*, no âmbito do Delito Rei.

4. REPARAÇÃO CIVIL *EX DELICTO* COMO FATOR RESTAURATIVO

4.1 A reparação civil *ex delicto* e sua natureza jurídica

Do ponto de vista jurídico-penal, a reparação civil *ex delicto*, é o ressarcimento feito por uma pessoa a outrem pelos prejuízos que haja causado a este em decorrência de sua conduta ilícita em face de um bem ou interesse jurídico objeto tutelado pela norma penal, cuja titularidade lhe pertence.

Essa definição jurídico-penal, embora não estando imune a críticas, é útil, principalmente no âmbito do Delito Rei, na medida em que pode propiciar uma inequívoca identificação dos interesses ou das vontades envolvidas, em decorrência da materialidade desse delito.

Pois bem, como o resultado do evento Delito Rei é a morte do sujeito passivo imediato material – “o morto” –, o Estado, como se viu, passa a ser o sujeito passivo imediato, formal, haja vista que esse evento delituoso, por si só, é uma ofensa em face da norma penal. Também a sociedade, normalmente representada pelo Estado, passa a ser o sujeito passivo mediato e eventual ou constante do delito, por ser o legítimo titular dos mais elevados valores considerados fundamentais para a preservação da espécie humana – a vida humana –, sem perder de vista que o Delito Rei, por si só, implica o rompimento com a paz social.

Seguem-se, ainda, os familiares e dependentes necessitados que dependiam do “morto” para se manter, que, atendendo ao sofrimento, à dor da alma e aos prejuízos que hajam suportado em decorrência do evento delituoso morte, passam a ser sujeito passivo, eventual e mediato. Portanto, merecedores de uma reparação civil *ex delicto*, ainda que assistencial, como forma de mitigar o sofrimento e prejuízos a eles causados pelo ilícito do infrator.

Observados os interesses e a vontade de todos os envolvidos no evento delituoso penal cujo resultado é a morte, não restará dúvida de que a pessoa do infrator estará apta ao retorno ao convívio social com mais segurança.

Esta é a fórmula que a presente proposta adota e entende que deve nortear um paradigma que pugna pela responsabilização e efetivação dos direitos fundamentais, inclusive a vida digna de todos os envolvidos em uma contenda criminal.

Posto isto, cumpre ressaltar, em seguida, que o germe do instituto da reparação civil *ex delicto* está intimamente ligado à história da pena. Pois, nos primórdios, quando inexistia um

poder central capaz de chamar para si a gestão do conflito criminal, a justiça era realizada por força mútua própria, sendo que a vítima e sua família, ou sua comunidade, eram quem infligia o castigo para o infrator até o limite dos prejuízos.

Perante os excessos de reação ao crime e as represálias, a humanidade vivenciou momentos de enfraquecimento das comunidades ou grupos sociais primitivos, e, ao extremo, a extinção dos mesmos.

Mais tarde, devido a certa organização das comunidades primitivas, e dada a necessidade de conter as represálias e excessos, surge, ainda na antiguidade, a reparação de dano como uma pena cumulativa ou substitutiva da vingança privada da vítima e sua família ou sua comunidade.

Já com o surgimento do Estado Moderno e o Direito Penal, o Estado chama para si a gestão do conflito criminal e, logo depois, defere essa função para o seu órgão de representação, o Ministério Público, sendo que a vítima e seus familiares, que até então eram o epicentro da atenção do *persecutio* criminal, passam a ser meros informantes e alienados ao mesmo. Igualmente, a ação civil e a penal, que até então não se distinguiam, sendo aplicadas cumulativa ou substitutivamente, passaram a ser dissociáveis.

Como consequência dessa nítida dissociação entre a ação cível e a penal, a reparação civil *ex delicto* e a sua instrumentalização, por meio do processo criminal, passam também a ser efetivadas mediante uma ação ajuizada no juízo civil. Essa passagem, portanto, é o ponto de partida para a dualidade no sistema de aplicação das penas: o sistema de cúmulo e o da independência. Assim é que Antonio Scarance Fernandes registra:

Levando-se em conta a sede em que será julgada a reparação do dano, os sistemas são essencialmente dois, o da união e o da separação, apresentando a doutrina normalmente subdivisões no primeiro, que comportaria os sistemas da confusão, da cumulação obrigatória e da cumulação facultativa ou da livre escolha. (FERNANDES, 1995, p. 166).

Pelo sistema da união, o aplicador da norma jurídica, ou o magistrado, em sede da ação penal, está obrigado a proferir decisão sobre o crime e a reparação do dano. Já no da separação ou independência, embora a reparação de dano tenha emergido como consequência de uma ofensa em face de bem ou interesse jurídico objeto tutelado pela norma penal, o magistrado, nessa sede, ao proferir a sentença condenatória, deve deferir o apuramento da reparação de dano para o juízo cível. (FERNANDES, 1995)⁵⁹. Não faltam, porém, os prós e contras da adoção de um ou outro sistema de aplicação de penas em evidência.

⁵⁹ Antonio Scarance Fernandes. *O papel da Vítima no processo criminal*. São Paulo: Malheiros Editores, 1995, p. 166 e 167 – “No sistema da união, resolve o juiz penal sobre o crime e sobre a reparação do dano. Prevista a

Os adeptos ou países que adotam o sistema da união argumentam, segundo Antonio Scarance Fernandes, que:

Existe interesse público tanto em punir o infrator como em reparar o dano, seja porque a vítima foi atingida em consequência da ineficácia do Estado em prevenir o crime, seja ainda porque só com o ressarcimento pecuniário haverá integral restauração da ordem jurídica violada; poderá a vítima ter o seu interesse defendido pelo ministério público, ou até mesmo caberá o juiz de ofício examinar a pretensão civil, superando-se o problema prático decorrente da dificuldade dela pleitear, por si, a reparação; haverá uma justiça mais rápida e econômica com a resolução conjunta das duas prestações; maior facilidade para a vítima demonstrar o seu direito a reparação civil, ante a maior admissibilidade de prova em processo criminal e em face também do aproveitamento das provas produzidas pelo ministério público; maior eficácia na decisão civil que abrange todos os acusados do crime, atores principais e cúmplices; inexistência de decisões contraditórias, que abalam a credibilidade da justiça e o prestígio do Estado; estímulo aos juízes criminais, evitando-se a especialização; cooperação do lesado, muitas vezes importantes no processo criminal. (FERNANDES, 1995, p. 170).

A grande vantagem desse sistema é que ele, se corretamente aplicado, pode inibir danos por processo lento (SCHREIBER, 2013)⁶⁰, o que representaria ganho maior para a pessoa da vítima, que, além de ser quem sofre o dano, a dor da alma e o transtorno psíquico, entre outras situações, fica exposta a um longo processo, com excessos de recursos, o que constitui uma clara afronta à sua dignidade.

Na atualidade, fala-se, e muito, sobre a necessidade de um processo célere e econômico, bem como a necessidade de descongestionamento de processos nos tribunais. Nessa perspectiva, não sobram dúvidas de que o sistema de comunhão seria uma esperança e alternativa aos morosos procedimentos e altos custos processuais, que muitas vezes constituem desfasamento do erário público.

Já para os adeptos ou países que adotam o sistema de separação, esse é o mais vantajoso. Sobre esse assunto, anota Antonio Scarance Fernandes:

O processo civil e penal é de natureza profundamente diversa; há diversidade entre as posições das partes civis e penais, principalmente em relação ao réu que no processo criminal está em posição de inferioridade e, na causa civil, está em posição de igualdade; perigo para a repressão criminal com desvio da atenção do juiz penal para as questões civis; é radical a diversidade entre as decisões penais e civis quanto

interpretação de uma só ação para as duas pretensões. Fala-se no sistema da confusão. Exigidas duas ações, a penal e a civil, a lei poderá impor que ambas sejam necessariamente formalizadas no juízo penal (sistema da comunhão obrigatória), ou permitirá que o titular do direito à reparação opte pelo ajuizamento da ação civil no juízo penal (sistema de livre escolha). Pelo sistema da independência a reparação deve ser pleiteada no juízo civil, ficando assim separadas as ações civil e penal. Numa posição, mas extremada, inexistia qualquer vinculação entre os processos criminal e civil, sendo total a independência entre eles”.

⁶⁰ Anderson Schreiber. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: Da erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos danos*. 5ª ed. São Paulo: Atlas S.A., 2013, p. 184-185 – “Dano por processo lento [...] a hipótese de pedido por ressarcimento por lentidão de processo judicial. Como corolário do direito de acesso à justiça, a prestação jurisdicional útil e eficiente sempre foi tido como um mandamento normativo. Sob prisma de afetação de interesse do lesado, e sempre à luz de circunstâncias concretas, verificará o julgador a intensidade do sacrifício à celeridade e a efetividade da prestação jurisdicional, medindo a duração do processo e a utilidade de seu resultado para o autor”.

a função e a eficácia; não se deve preocupar em garantir a coerência e a lógica de todas as afirmações que possam ser feitas nos vários juízos; demora, complicação, tumulto, paralização no processo criminal, principalmente quando as pretensões civis são complexas ou quando é difícil determinar o valor da reparação à ofensa. Em que se pese essa diferença, vai se firmando tendência em admitir, de maneira mais ou menos ampla, a resolução da questão civil em processo penal. (FERNANDES, 1995, p. 170-71).

Esse sistema, como se pode constatar, por muitas vezes contribui para a lentidão do processo e, por consequência, surge uma nova vitimação da vítima, de que em geral o Estado sequer dá conta. Aliás, esse sistema sequer é benéfico para o infrator, quanto mais para a vítima.

Para o infrator, são a angústia e o arrependimento de ter cometido o crime que perduram no tempo, sem perder de vista a condenação e a rejeição social douradora. Já para a vítima, são o sofrimento, a dor da alma e a angústia que não passa, tendo, como consequência, problemas de saúde que comprometem sua existência como ser humano dotado de dignidade. Para nós, ser vítima do delito não é sinônimo de uma condenação por morte lenta. Nesse sentido, acentua Gilmar Ferreira Mendes que:

O reconhecimento de um direito subjetivo a um processo célere – ou com duração razoável – impõe ao poder público em geral e ao poder Judiciário, em particular, a adoção de medidas destinadas a realizar esse objetivo. Nesse cenário, abre-se um campo institucional destinado ao planejamento, controle e fiscalização de políticas públicas de prestação jurisdicional que dizem respeito a própria legitimidade de intervenções estatais que importem, ao menos potencialmente, lesão ou ameaça a direitos fundamentais. (MENDES, 2009, p. 131-132).

Como dito, o Estado que se diz de Direito Democrático está obrigado a comprometer-se com a Constituição democraticamente instituída. Assim sendo, é obrigado também a proteger, promover e conferir máxima efetividade aos direitos fundamentais, bem como remover quaisquer obstáculos que possam comprometer essa efetividade.

Aí está também a obrigação de o Poder Público zelar pela máxima celeridade processual, a fim de inibir a vitimização do vitimado necessitado por processo lento, sem perder de vista que o processo célere é direito fundamental de todos os envolvidos no conflito delituoso e tem por fundamento o tratamento humanamente digno.

Consumado o Delito Rei e postulada a Ação Penal Pública, portanto, o Estado-Juiz está em sua obrigação de tudo fazer, com o auxílio dos peritos judiciais, caso necessário, para proferir o mais celeremente possível uma sentença condenatória e anexar a essa o *quantum* indenitário por ele arbitrado em benefício dos vitimados, sob pena de ver sua decisão incorrer na ilegitimidade.

Sublinha-se, ainda, que como inexistente um consenso quanto ao sistema de aplicação da pena que deve vigor ou prevalecer, de 9 a 15 de setembro de 1974, realizou-se o XI Congresso Internacional de Direito Penal, na capital da Hungria, Budapeste, onde a maioria dos participantes manifestou-se a favor de um novo sistema, denominado de adesão, que, conforme Antonio Scarance Fernandes, permite:

[...] a vítima fazer valer no processo criminal suas pretensões ao ressarcimento do dano derivado do delito, especificando alguns princípios básicos a serem seguidos no texto da lei: 1º) direito de a vítima escolher a via civil ou criminal; o processo deve conter regras procedimentais pertinentes ao interesse penal e civil; deve-se deixar a cada país que decida se o ministério público pode exercer a ação civil em favor da vítima. Deve-se também deixar que os países resolvam se o tribunal penal pode fixar de ofício uma indenização à vítima; deve-se garantir a vítima pelo menos o direito de requerer provas e de recorrer das sentenças de mérito nas partes atinentes às conclusões civis; deve o juiz ser obrigado a decidir sobre o “na”, deixando-se que a fixação do “quantum” seja decidida pelos tribunais civis ordinários, ou se constitua em objeto de um procedimento posterior de liquidação no próprio processo penal; há necessidade de possibilitar execução provisória da decisão reparatória, a fim de garantir a vítima uma ajuda mais rápida. (FERNANDES, 1995, p. 171).

Esse sistema, embora plausível para o paradigma da responsabilização e efetivação dos direitos fundamentais de todos os envolvidos no conflito criminal, revela-se descabível no âmbito da reparação civil *ex delicto* a ser havida às vítimas do Delito Rei, principalmente em seu aspecto processual. Pois esta, como logo se verá, constitui um interesse cuja natureza é pública e, por isso, entendemos, apenas é dado, *a priori*, ao Ministério Público dar procedência a sua ação, desde que observado o direito de assistência dos vitimados.

Com exceção aos casos de comprovada inércia do Ministério Público em dar procedência à ação reparatória, podendo a vítima estar legitimada para tal feito, inexistem mínimas possibilidades de esta optar pelo juízo civil ou criminal, a fim de fazer *jus* à satisfação de danos *in pecunia* no âmbito do Delito Rei, como advoga o sistema de adesão. Fora desse âmbito, deferimo-lo.

Deve-se referir, ainda, que, apesar de a ação cível e a penal terem conteúdos e efeitos distintos, sendo aquela aplicada na esfera cível, enquanto esta última na penal, na prática são institutos semelhantes. Pois ambas integram o conceito da responsabilidade que emerge em decorrência de um ato delituoso. A propósito disso, acentua-se que:

Ambas as instituições estão integradas pelo conceito da responsabilidade. Por isso tanto o pressuposto da obrigação penal, como o da obrigação civil, é um ato ilícito: lesão ou colocação em perigo de um bem jurídico, e causação de um dano, respetivamente. Aquilo que irá retirar o fato penal de sua categoria mais ampla de atos ilícitos será uma opção política legislativa, onde o legislador irá atender a consciência social imperante para dizer quando uma conduta atinge os valores mais caros de uma sociedade. [...] Para o ato seja qualificado como ilícito penal é necessário que concorram também alguns elementos de caráter interno. Além de típico, é preciso que o fato seja antijurídico e culpável. (AMARAL, 2002, p. 147).

Assim, se consumado o delito e constatado que seu resultado é uma ofensa em face de um bem ou interesse jurídico objeto da tutela penal, nasce, para os vitimados, isto é, todos os prejudicados pelo evento delituoso, o *jus* à reparação de danos, devendo o processo esgotar-se somente nesse âmbito. Se, porém, o bem ou interesse jurídico lesionado se refere apenas a um objeto tutelado pela norma civil, nasce, para a vítima individual, o *jus* à reparação cível de dano, devendo também o processo esgotar-se nessa esfera. Isto sim, pois, a diferença entre a reparação de danos efetivada no juízo penal e a efetivada no juízo cível não está propriamente na natureza da ofensa ou bem lesionado, mas no elemento interno, a culpa.

É exatamente o fato de a reparação de danos *in pecunia* no âmbito penal independer da culpa o motivo pelo qual ela pode ser pleiteada por todos os prejudicados pelo evento delituoso. A reparação de danos no âmbito cível, porém se sujeita à verificação da culpa e, por isso mesmo, pleiteada apenas por vítima individual.

A culpa, portanto, é traço fundamental e diferenciador da reparação de danos do Direito Penal com relação a outros institutos jurídicos, principalmente os da esfera cível, como elucida Selma Pereira de Santana:

A reparação civil, em suma, tem como fundamento o dano, é transmissível *mortis causa* e é assegurável. A reparação penal é perfeitamente concebível em casos de ausência de danos. Sobre este ponto de vista, a orientação a vítima pode produzir-se, sem que isso suponha uma *contradictio in terminis*, inclusive em delitos sem danos efetivos a vítima, em *victimless crimes*, delitos que afetam bens jurídicos supra-individuais, em casos em que o autor do delito careça de meios materiais de reparação, uma vez que o decisivo é o aspecto de ato pessoal de restabelecimento do Direito vulnerado, inerente ao esforço reparatório. (SANTANA, 2010, p. 199).

Na esfera cível, com efeito, a reparação visa reconstruir o patrimônio econômico ou moral de pessoa física ou jurídica determinada, podendo ser transferida aos seus sucessores. Ao passo que, na penal, a reparação visa reconstruir o interesse de todos os prejudicados ou afetados pela materialidade do evento delituoso – os vitimados. Essa, portanto, é uma espécie de compensação de danos não suscetível da valoração monetária. Enquanto que aquela é um ressarcimento por perda patrimonial.

É, portanto, o fato de a reparação no âmbito penal ter a característica de reconstruir o interesse de todos os prejudicados ou afetados pela materialidade do evento delituoso, que impulsiona esta proposta em propugnar pelo direito de todos os sujeitos passivos do Delito Rei, principalmente os familiares e dependentes necessitados, os quais eram mantidos pelo falecido, serem devidamente reparados os danos, ainda que de modo assistencial, como forma de restaurar, minimamente, os prejuízos a eles causados pelo infrator.

Chegando-se a este ponto, importa saber qual é o preciso lugar que o instituto da reparação civil *ex delicto* ocupa no sistema jurídico, em sua respectiva área pública ou privada, e lhe especificar as notas peculiares.

Para efeito, cumpre ressaltarmos também que o direito à reparação civil *ex delicto* por danos de que dispõe a vítima do Delito Rei se refere a um conteúdo substancial subentendido no princípio ético da ordem jurídica universal, a dignidade da pessoa humana.

Essa percepção também já se podia extrair do Artigo 29º da CRGB/96, ponto primeiro, o qual estatuiu que os direitos fundamentais nele consagrados não excluem outros direitos constantes nas demais leis da República e nas regras aplicáveis de direito internacional. E, em seu ponto segundo, deixa transparecer a obrigação de as normas jurídicas serem interpretados em conformidade com a Declaração Universal dos Direitos do Homem e, principalmente, o princípio da dignidade da pessoa humana. Portanto, qualquer interpretação jurídica que não guarde sintonia com o conteúdo substancial do princípio da dignidade da pessoa humana, será ilegítima.

Emerge, desse modo, a obrigação de o Poder Público conferir máxima efetividade aos direitos individuais e coletivos fundamentais, principalmente daqueles que experimentam danos irreparáveis em decorrência do delito.

Importa ressaltar, em seguida, que a Carta Magna guineense, reconhecendo a importância que os direitos fundamentais nutrem no regime jurídico por ela adotado, deixa transparecer, em seu Artigo 30º, 1, que os mesmos são diretamente aplicáveis e devem constituir o fundamento último da atuação do Poder Público.

O Poder Público guineense, portanto, não deve se limitar apenas a garantir a participação direta ou indireta (representação) do povo na tomada de decisões sobre sua vida e seu destino, ou salvaguardar a vigência e eficácia dos direitos fundamentais, mas tudo fazer para erradicar a pobreza e a marginalização do cidadão, principalmente do vitimado necessitado.

É nesse contexto da erradicação da pobreza e da marginalização do cidadão necessitado que a reparação civil *ex delicto* marca ponto na ordem jurídica guineense. Pois visa, como se verá, a garantia de condições materiais mínimas para que o vitimado necessitado possa desfrutar a vida de forma saudável e digna.

Não custa lambrar, ainda, que o evento Delito Rei constitui uma ofensa em face da vida humana, bem jurídico esse que, muito embora seu desfrute seja deferido ao ser humano, individualmente, tem projeção social, ou seja, é um bem de interesse público, tanto é que nem

o seu titular nem o próprio Estado podem promover ou contribuir para destruí-lo ou suprimi-lo, desde que observadas as exceções legais.

Dizer que a vida humana é um bem de interesse público significa que ela pertence a todos os partícipes da vida em comunhão e, por isso mesmo, em havendo qualquer ofensa em face dela, a sociedade como um todo estará lesionada. Disso resulta também a sua caracterização como um bem indisponível, isto é, que não está à mercê da vontade de ninguém, inclusive a do Estado, cabendo apenas ao seu órgão oficioso de representação, o Ministério Público, mediante a prova e baseando-se em lei, decidir se a sociedade deve ou não dar uma resposta para o evento delituoso.

Consumado o Delito Rei, portanto, haja vista que seu evento constitui cessação da vida humana, bem esse de interesse público, não restará dúvida também de que as consequências ou prejuízos daí emergentes têm condão público. Com efeito, o apuramento e a satisfação dos mesmos devem se exaurir na esfera pública, isto é, no âmbito do Direito Penal, e não no juízo cível.

Este sentido, que se pode deduzir também do ponto primeiro do Art. 84º do CPGB, obriga o magistrado a firmar, na sentença penal condenatória, a obrigação de indenizar, considerando, sempre que possível, os prejuízos e danos suportados pela pessoa da vítima.

Essa obrigação do âmbito infraconstitucional deixa transparecer que, no âmbito do Delito Rei, a reparação civil *ex delicto* se refere apenas aos efeitos da condenação, e, por isso, sequer o vitimado necessitado precisa sindicá-la fora ou dentro do mesmo processo, sendo obrigação do magistrado, em caso de condenação do infrator e mediante a prova disponível, arbitrá-la de ofício.

Contudo, a anuência dos vitimados será necessária antes da fixação do *quantum* indenitário *in pecunia* ou assistencial, pois não há como considerar os prejuízos por eles sofridos sem que eles mesmos se manifestem nos autos da ação penal, trazendo elementos comprobatórios que justifiquem e especifiquem a extensão dos danos e seu valor.

Em virtude do que ficou exposto, não se deixa margem a dúvidas de que a reparação civil *ex delicto* de que dispõe o vitimado do Delito Rei é, por excelência, de natureza pública. O fato de que, para o seu apuramento e efetivação, se requer a participação ativa do vitimado ou como assistente do Ministério Público, no sentido de especificar a extensão dos danos e seu valor, ou, em caso da inércia deste órgão oficioso, de dar prosseguimento à pretensão ressarcitória, não desnatura seu caráter público, como bem disserta Pablo Galain Palermo:

La reparación penal no tiene la naturaliza jurídica civil ni debe entenderse en los mismos términos que el resarcimiento civil de los danos o de la composición de la

dano. Objetivo jurídico del derecho privado para cuya satisfacción se han formulado incluso tablas de precios con los que generalmente se indemniza a la víctima de los intereses patrimoniales de la víctima. Por todo ello, el concepto de reparación se vincula con el dano material y con la indemnización del ofendido, del mismo modo que lo hace con criterios y principio de justicia material y con los fines de la pena en el caso concreto. De esta forma, se puede aceptar la reparación como una cuestión penal, incluso para delitos que no han tenido como consecuencia un dano concreto o una víctima directa. (PALERMO, 2010, p. 90-96).

Como dissertado, aliás, vale reforçar, a reparaco civil *ex delicto* difere da seara cível, pois nessa, como se viu, a reparaco de danos se sujeita à verificaco da culpa e, por isso mesmo, é pleiteada pela vítima individual, sendo inclusive transferível aos seus sucessores. Enquanto que, naquela, a reparaco de danos independe da culpa. Por isso mesmo, pode ser pleiteada por todos os prejudicados pelo evento delituoso, sequer se submetendo ao regime jurídico da sucesso.

So, também, essas e outros razes por que esta proposta adota a reparaco civil *ex delicto*, para abranger as situaes de ressarcimentos (compensaco pelo dano material); ou dor da alma, transtorno psíquico e situaes similares (compensaco pelo dano moral); e a indenizaco, por dano decorrente do ato ilícito do Poder Público ou para prevenir circunstncias fticas em que o eventual infrator possa estar inabilitado econmica e financeiramente, para arcar com os custos de prejzos que hajam emergido em decorrência da sua conduta nociva em face de terceiros, conforme (Bahia, 1996)⁶¹.

A opo pela congregaco das três modalidades da reparaco em uma s deve-se, pois, ao fato de a reparaco civil *ex delicto*, no âmbito do Delito Rei, se referir apenas a uma compensaco havida pelos vitimados em decorrência de um ilícito penal que compromete imensamente seus direitos fundamentais, como, por exemplo, à existência condigna do cidado vitimado necessitado.

Enfim, quando o assunto é uma existência saudvel e digna do ser humano, inexistem frmulas prontas e acabadas, sendo assim, apenas a justia do caso concreto, devidamente fundamentado na dignidade da pessoa humana, pode legitimar uma resposta jurídica penal.

⁶¹ Saulo José Casali Bahia. *Responsabilidade civil do Estado*. Rio de Janeiro: Forense, 1995. P. 10 – “Cabe, apenas, precisar o que queremos exprimir com o termo reparaco. Funciona ele, para ns, como gnero, do qual a indenizaco e o ressarcimento so espécies. A indenizaco deve ocorrer diante de atividades lícitas do Estado, que acarretam a obrigaco de reparar. Serve ainda às atividades lícitas ou ilícitas de terceiros que produzam responsabilizaco do Estado. O ressarcimento serve às reparaces derivadas de atos ilícitos praticados pelo Estado”.

4.2 A reparação civil *ex delicto* como corolário de uma vida digna

A reparação civil *ex delicto*, no âmbito do Delito Rei, é uma compensação havida pelos vitimados em decorrência de um ilícito penal que compromete imensamente seus direitos fundamentais, como, por exemplo, à existência saudável e digna. Visa, com efeito, a preservação da vida humana, base material do pressuposto ético e deontológico da ordem jurídica universal, da dignidade da pessoa humana. Desse modo, pois, qualquer agressão à vida humana implica em dano material e moral à própria dignidade do ser humano e, por isso, indenizável.

A dignidade humana, por ser um valor intrínseco à condição humana, significa, por um lado, que o conteúdo do seu valor transborda a esfera privada de uma pessoa para a esfera pública, pelo que todos os partícipes da vida em comunhão devem respeitá-la e promover a sua máxima realização. Por outro, ela, a dignidade da pessoa humana, é um valor absoluto impassível de ser instrumentalizado por ninguém, inclusive pelo Estado. Esse pensamento é partilhado também por Vidal Serrano Nunes Júnior, para quem:

A noção da dignidade humana, resgatando o valor intrínseco da vida humana, preordena, como consectário lógico desse valor, a autodeterminação, pois, se cuida de um valor impassível de relativização, esta capacidade não pode ser submetida a nenhuma forma de organização estatal ou social hegemônica. [...] a dignidade da pessoa humana como o postulado ético que, incorporado ao ordenamento jurídico, consubstancia o princípio segundo o qual o ser humano, quer nas suas relações com seus semelhantes, quer nas suas relações com o Estado, deve ser tomado como um fim em si mesmo, e não como um meio, o que o faz dignitário de um valor absoluto [...]. é um valor absoluto, pois se assenta na premissa de que o ser humano é um fim e não um meio. (JÚNIOR, 2009, p. 111-114).

A dignidade da pessoa humana, por ser um valor absoluto, não só deve nortear e direcionar o comportamento ou a interação entre todos os partícipes da vida em comunhão, inclusive fundamentar a atividade reguladora de suas vidas, como também deve estar acima de qualquer opção política do Estado ou de seus poderes instituídos e constituídos, devendo esses, sempre que possível, se pautar pela sua máxima realização.

O valor da dignidade da pessoa humana, além de ser absoluto, também é abstrato, pelo que seu conteúdo está aberto a novas exigências do ser humano, principalmente as atinentes a sua dimensão física e espiritual, podendo ser invocado para justificar a obrigação de o Poder Público suprir tais necessidades básicas.

Dizer que a dignidade da pessoa humana é um valor abstrato implica que seu conteúdo definitivo somente pode ser reafirmado em cada momento histórico, tempo ou situação que se pretende satisfazer em concreto.

Assim, se a situação demandada se refere à realização dos direitos fundamentais, significa também que o órgão do Poder Público sob sua alçada intentada deve analisar todos os preceitos constitucionais que integram o catálogo de direitos fundamentais, em particular os direitos de liberdade e garantias fundamentais, para que dela, a dignidade da pessoa humana, possa imprimir o conteúdo capaz de fundamentar tal demanda. Exige-se, acima de tudo, que a decisão do Poder Público em concreto guarde uma correlação lógica com os demais princípios que informam e fundamentam a ordem jurídica constitucional instituída democraticamente.

Assim, pois, se requerida uma prestação por parte do cidadão necessitado junto à Administração Pública, esta estará obrigada a analisar todos os preceitos referentes aos direitos fundamentais ou o conteúdo subentendido nas suas normas, interpretando-as em conformidade com a dignidade da pessoa humana.

Se, depois dessa interpretação, a Administração Pública constatar que o resultado da mesma aponta pela não realização da dignidade do cidadão necessitado, é-lhe aconselhável retratar da medida por ela adotada, que tende a piorar, ainda mais, a situação de necessidade daquele.

Se, porém, positiva, significa que a medida adotada pela Administração procede, devendo essa se pautar, acima de tudo, pela máxima realização do direito fundamental do cidadão necessitado sindicado em concreto.

Também o Estado-Juiz, na sua atividade jurisdicional, apenas deve interpretar e aplicar o direito vigente, no sentido de conferir máxima realização à dignidade do cidadão necessitado, sob pena de ver sua decisão carecer do fundamento substancial e, portanto, ilegítima.

Ilustra-se, assim, a percepção de que, se o Estado existe, é em função de seu povo e não este (o povo) em função do Estado. Portanto, somente ela, a dignidade da pessoa humana, pode legitimar uma resposta jurídica que visa dirimir o conflito de interesses entre os membros da comunidade humana. Com o mesmo ponto de vista, leciona Ingo Wolfgang Sarlet que:

A dignidade da pessoa humana é qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos. (SARLET, 2001, p. 60).

Este conceito denota sintonia com o ideário moderno da dignidade da pessoa humana, cujo conteúdo é o próprio fundamento da Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pelas Nações Unidas em 1948, que anuncia em seu Art. 1º: “todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos”. Essa previsão é também a razão pela qual a dignidade humana foi adotada como princípio e fundamento último de todos os direitos nela consagrados.

Outro germe legal importante e referencial da dignidade da pessoa humana é a Lei Fundamental de Bonn de 1949, da Alemanha, considerada, por muitos, como o primeiro documento legislativo a consagrar o princípio da dignidade da pessoa humana. Lê-se: Art. 1, I – a dignidade do homem é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todos os poderes estatais.

Esse documento legislativo deixa transparente a ideia de que a dignidade da pessoa humana é o fundamento último da atuação do Poder Público instituído e constituído, devendo todos se pautarem sempre pela proteção da pessoa como ente individual concretamente considerado e como integrante de entidades coletivas. Nesse sentido, dispõe Luiz Roberto Barroso que:

O princípio da dignidade da pessoa humana expressa um conjunto de valores civilizatórios que se pode incorporar ao patrimônio da humanidade, sem prejuízo da persistência da violação cotidiana ao seu conteúdo. Dele se extrai o sentido mais nuclear dos direitos fundamentais, para tutela da liberdade, da igualdade e para a promoção da justiça. (BARROSO, 2009, p. 253).

Obviamente, o princípio da dignidade da pessoa humana é a própria essência da concepção humanista da consciência universal digna, originário de uma exigência ética fundamental.

São essas e outras concepções da dignidade da pessoa humana que, após a consagração do modelo do Estado Democrático pelos Estados-membros da ONU, justificam a obrigação de esses Estados se submeterem ao conteúdo material do referido princípio, independentemente da sua expressa menção no ordenamento jurídico interno de cada Estado-membro.

Essa consagração do modelo democrático de Estado foi também o referencial constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais, que os intensifica ao situar o homem como sujeito de direitos e não objetos da relação do Poder.

É por isso, também, que, quando o Estado opta pelo modelo de regime democrático, defere, para sua ordem jurídica interna, o princípio da dignidade da pessoa humana, como fundamento dessa mesma ordem, para assegurar a paz jurídica e social. Por via de

consequência, assume a obrigação de se abster de praticar determinados atos que podem comprometer a vigência ou realização dos direitos e liberdades fundamentais, bem como de conferir-lhes uma maior realização.

Caso o Estado se omita a proteger, promover ou conferir máxima realização aos direitos fundamentais, ou, ainda, ao bem-estar social de seus cidadãos necessitados, inclusive daqueles que experimentam a situação de necessidade devido a ato ilícito de terceiros, somente pode ser indigno, e não democrático.

Por Estado indigno, entende-se, aqui, aquele que se diz Democrático, porém não age nos limites necessários e à luz da moral pública vigente para promover o bem-estar social do vitimado necessitado, sequer remove situações desagravantes à sua vida enquanto ser humano.

Porém, o Estado que trata o vitimado necessitado com humanidade e dignidade, mediante a garantia de condições materiais mínimas indispensáveis para o seu bem-estar psicofísico, bem como lhe salvaguarda todas as garantias processuais penais que fundamentam o direito de ação, não só digno será, mas Democrático de Direito. Daí advoga Andreia Sofia Esteves Gomes:

O princípio da dignidade da pessoa humana – como princípio que fundamenta a relação entre o poder e os membros da sociedade política, no sentido de reconhecer o estatuto básico de cada homem que o Estado tem que respeitar – terá que estar imperativamente reconhecido na Constituição de qualquer Estado que se diga de direito. Efetivamente, numa perspectiva material ou substantiva, só há uma democracia: aquela que se baseia no axioma antropológico da dignidade da pessoa humana, como valor que não está à disposição das maiorias contingentes – nesse sentido, portanto, como valor absoluto. (GOMES, 2009, p. 24).

Na verdade, o princípio da dignidade da pessoa humana é fundamento axiológico e ético anterior à própria instituição do Estado e limite transcendente do poder constituinte que o instituiu, pelo que exige a sua atuação legítima em face dos direitos fundados naquele princípio ético da ordem jurídica universal.

Nesse sentido, assevera Robert Alexy que “a fórmula da dignidade humana está baseada na compreensão do ser humano como um ser intelectual e moral, capaz de se determinar e de se desenvolver em liberdade”. (ALEXY, 2008, p. 356). Dessa forma, a dignidade da pessoa humana é um princípio da justificativa moral e fundamento normativo dos direitos humanos fundamentais.

É, também, com base nesse fundamento axiológico e ético que o princípio da dignidade da pessoa humana se mantém umbilicalmente ligado à previsão constitucional dos

direitos fundamentais e irradia todo o sistema jurídico, inclusive a sua respectiva interpretação.

A dignidade da pessoa humana, portanto, seja ela positivada como uma norma expressa ou como um mandamento apreendido no ordenamento jurídico, é um princípio que ocupa lugar cimeiro da hierarquia da ordem jurídica constitucional, democraticamente instituída.

Reconhecer a dignidade da pessoa humana como um princípio jurídico implica, por um lado, atribuir-lhe o caráter deontológico sobre o plano dos fatos tal como as regras (ALEXY, 2008); e, por outro, assegurar-lhe uma eficácia interpretativa, ou seja, o critério de valoração de situações e de atribuição de peso em situações jurídicas concretas, que demandam a ponderação.

Por ser a dignidade da pessoa humana um princípio deontológico, portanto, qualquer ato, lei, ou decisão jurídica que lhe seja incompatível estará eivado de fundamentalidade substancial. Nesse sentido, Ingo Wolfgang Sarlet, discorrendo sobre a Constituição brasileira, anota que:

[...] a qualificação da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental traduz a certeza de que o art. 1º, inciso III, de nossa Lei Fundamental não contém apenas (embora também é acima de tudo) uma declaração de conteúdo ético e moral, de status formal e material e, como tal, inequivocamente carregado de eficácia, alcançando, portanto, a condição de um valor fundamental da comunidade. Importa considerar, neste contexto, que, na sua qualidade de princípio e valor fundamental, a dignidade da pessoa humana constitui autêntico valor fonte que anima e justifica a própria existência de um ordenamento jurídico –, razão pela qual, para muitos, se justifica plenamente sua caracterização como princípio constitucional de maior hierarquia axiológico-valorativa. (SARLET 2012, p. 84-85).

Reafirma-se, desse modo, o entendimento de que o princípio ético da dignidade da pessoa humana é uma norma que embasa todo o sistema constitucional e orienta a compreensão da totalidade de catálogos dos direitos fundamentais.

Dela, a dignidade da pessoa humana, despreendem-se inúmeros outros princípios e regras constitucionais, que conformam o arcabouço de valores e finalidades a serem realizados pelo Estado e pela sociedade civil na busca pela concreção dos direitos fundamentais, expressos ou não em um Texto Magno, inclusive da conformação infraconstitucional.

Para o indivíduo, a dignidade da pessoa humana representa proteção à sua integridade física, moral, psicológica e existencial, entre outros aspectos. Inobstante, o ataque a esses valores representa uma ofensa a um direito que lhe é salvaguardado constitucionalmente. Portanto, caso na justiça ficar provado o dano, aquela será merecedora de uma compensação

in pecunia e/ou assistencial, como forma de restaurar, minimamente, a sua dignidade comprometida ou subtraída pelo ato ilícito, como lembram Ricardo Maurício Freire Soares *et al.*:

A dignidade de pessoa humana identifica um número de integridade física e moral a ser assegurada a todas as pessoas por sua existência no mundo. Relacionando-se tanto com a satisfação espiritual, quanto com as condições materiais de subsistência do ser humano, vedando-se qualquer tentativa de degradação ou coisificação do ser humano na sociedade. (SOARES *et al.*, 2013, p. 51).

Dentre as normas constitucionais que podem ser invocadas para o reconhecimento e fundamento do direito à reparação civil *ex delicto* em benefício dos vitimado do Delito Rei, portanto, está a dignidade da pessoa humana.

Ainda, é ela, a dignidade da pessoa humana, o próprio fundamento para todo e qualquer processo penal democrático que pugna pela salvaguarda dos valores, como os de inclusão e atendimento de interesses de todos os afetados pelo delito ou a efetivação de seus direitos fundamentais.

Não custa lembrar que a ausência dos afetados no processo penal representa sua exclusão, sendo essa também uma enorme afronta ao princípio da dignidade humana. Esse entendimento guarda sintonia também com a norma do Artigo 42º da CRGB, o qual garante a inafastabilidade da tutela jurisdicional, ampla defesa e o contraditório, inclusive o devido processo legal e igual proteção jurídica, princípios esses que, também, explicitam o direito fundamental da ação. Na mesma sintonia, ensina Gilmar F. Mendes:

Como amplamente reconhecido, o princípio da dignidade da pessoa humana impede que o homem seja convertido em objeto dos processos estatais. Na sua acepção originária, esse princípio proíbe a utilização ou transformação do homem em objeto dos processos e ações estatais. O Estado está vinculado ao dever de respeito e proteção do indivíduo contra exposição a ofensa ou humilhação. [...] a aplicação escorreita ou não dessas garantias é que permite avaliar a real observância dos elementos do Estado de Direito. (MENDES, 2009, p. 130).

O processo penal, portanto, somente poderá representar um mecanismo eficaz para a efetivação dos direitos e garantias fundamentais da ação, quando seu *persecutio* guardar sintonia com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Para efeito, os vitimados do Delito Rei devem ser ouvidos durante o processo, possibilitados a fornecer os elementos de prova da materialidade do delito e ter acesso às informações, não só sobre os resultados da investigação ou sobre o andamento do processo e a sentença, mas também sobre a libertação do infrator, inclusive os indultos.

Também, devem-se garantir, aos vitimados do Delito Rei, uma reparação civil *ex delicto* pelos prejuízos suportados em decorrência do delito, *quantum* este que será arcado pelo infrator ou assistencialmente pelo Estado, este último, como se verá, na qualidade de

garantidor da segurança pública, paz social e jurídica, bem como a quem se incumbe, constitucionalmente, remir a pobreza e a marginalização do cidadão.

Deve, pois, ser o *quantum in pecunio* da reparação civil *ex delicto* justa e adequação à realidade, ou seja, corresponder, justamente, ao efetivo dano e ao prejuízo suportado pelo vitimado em decorrência da materialidade do Delito Rei.

Deve-se reparar o dano ou prejuízo, haja vista a lesão (material ou moral) em face do direito fundamental à vida saudável e digna do vitimado, protegido pela norma penal e constitucional.

A indenização, porém, é a própria obrigação de reparar o dano mediante a sua reconstituição equivalente *in pecunio*, isto é, mediante a quantificação e a redução do dano em sua expressão monetária, pois o cidadão vitimado necessitado tem direito não só às opções da vida, mas também a acompanhar os influxos da realidade socioeconômica dinâmica.

Para que se configure a justiça na reparação civil *ex delicto in pecunia*, essa deve refletir a integralidade do dano e prejuízo suportado pelo vitimado em decorrência da materialidade do delito.

Para tal, devem-se computar, nela, a reparação civil *ex delicto*, os danos materiais ou morais, ou cumulativamente, desde que observadas todas as garantias que o processo penal e constitucional moderno lhe asseguram, entre as quais, a segurança para noticiar os fatos e demonstrar os prejuízos, bem como a ampla defesa.

Computam-se os danos materiais, pois o Delito Rei compromete a vida saudável e digna do vitimado; e danos morais, haja vista a dor da alma, o sofrimento, enfim, transtornos psicológicos, conforme. (CAVALIERI FILHO, 2015)⁶².

Além dos danos materiais e morais, devem-se computar no *quantum in pecunio* da reparação civil *ex delicto*, todas e quaisquer espécies de encargos monetários suportados pelo vitimado, conseqüente do andamento regular do processo ou de providências para a liquidação da sentença reparatória e a devida incorporação do referido *quantum in pecunio* no patrimônio do cidadão vitimado necessitado, inclusive o *quantum* dos honorários advocatícios, exceto nas situações em que o Estado faculta àquele um representante legal e isenta-o de todos os encargos processuais, devendo o justo *quantum in pecunio* da reparação civil *ex delicto* ser prioritário em relação a qualquer ato da fase de execução.

⁶² Savatier citado por Sergio Cavaliere Filho. Programa de responsabilidade civil. 12 ed. – São Paulo: Atlas S.A., 2015, p. 116 – “[...] Dano moral é qualquer sofrimento que não é causado por uma perda pecuniária. Para os que preferem um conceito positivo, dano moral é dor, vexame, sofrimento, desconforto, humilhação – enfim, dor da alma”.

A luz do ordenamento jurídico constitucional guineense, porém a reparação civil *ex delicto* não está prevista no rol dos direitos e garantias fundamentais, mas na legislação infraconstitucional, e, para piorar, sequer é observada pela práxis jurídica guineense, o que deflagra uma enorme afronta aos direitos fundamentais e à dignidade dos vitimados necessitados.

Essa afronta também é um dos motivos pelos quais esta proposta insiste em advogar em favor de uma postura ativa por parte do legislador infraconstitucional, através da sua competência conformadora aos direitos fundamentais, para que expeça uma norma que garanta, no âmbito constitucional, o direito à compensação civil *ex delicto* aos vitimados do Delito Rei guineenses, para que estes possam estar imunes à vitimação e à marginalização a que estão expostos pelo *persecutio* penal vigente, como noticiam Ricardo Maurício Freire Soares *et al.*:

A proclamação da normatividade do princípio da dignidade da pessoa humana, na grande maioria das constituições contemporâneas, conduziu o reconhecimento da eficácia jurídica dos direitos humanos, afastando-se a sua concepção anacrônica da sua inexigibilidade em face de comportamentos lesivos à vida digna do ser humano, seja por ações dos governantes ou de particulares, por se tratar de máximas ético-morais desprovidas de coerção e de imperatividade. (SOARES *et al.*, 2013, p. 50).

Como noticiado, o princípio da dignidade da pessoa humana é, na atualidade, um vetor segundo o qual devem se orientar todos os interesses materiais e existenciais dos cidadãos, os quais explicitam os objetivos albergados em uma Constituição democrática, pelo que seu respeito exige uma atuação legítima do Poder Público.

A Administração Pública e o Estado-juiz guineense, portanto, apenas devem executar e aplicar as leis em conformidade com o princípio da dignidade da pessoa humana, bem como executar essas leis de forma constitucional, isto é, aplicando-as e interpretando-as em conformidade com os direitos fundamentais.

Avulta arrematar, por fim, que no Estado Democrático, a justiça penal deve tirar fundamento dos princípios e objetivos albergados pela ordem jurídica constitucional. Deve, acima de tudo, identificar os interesses e as vontades envolvidos no conflito delituoso, criar condições para que o vitimado possa expressar a forma como experimentou a ofensa e suas consequências, bem como traçar as formas para sua recuperação.

Em suma, se observadas todas as garantias que o Direito Penal moderno salvaguarda ao vitimado, mediante o tratamento humano e digno, a justiça penal não só será avaliada segundo a capacidade de fazer com que a responsabilidade seja assumida ou as necessidades

que emergem em decorrência do delito sejam satisfatoriamente atendidas ou curadas, mas propicia condições para a materialização do direito justo.

4.3 A reparação civil *ex delicto* e a materialização do direito justo

Dizíamos, o direito é conjunto de normas prescritas, derivado de um processo de elaboração, com a participação de todos os integrantes (cidadãos) de uma determinada sociedade politicamente organizada, ou por meio de seus representantes legitimamente eleitos para tal feito, sendo esse fato que explica, também, por que, na atualidade, o direito positivo é consectário do Estado Democrático.

O direito assim instituído, diz-se justo, quando pode ser extraído da boa observação do princípio da legalidade ou de uma competência legítima para dizer o direito, seja para beneficiar o particular ou a sociedade. Também é o que leciona André Franco Montoro:

O direito na acepção do justo: a) designa o bem devido por justiça. Por exemplo, quando dizemos que o salário é direito do trabalhador, a palavra “direito” significa “aquilo que é devido por justiça”. b) outras vezes “o justo” significa a conformidade com a justiça. Por exemplo: quando digo que “não é direito condenar um anormal”, quero dizer não é conforme à justiça. (MONTORO, 1994, p. 38-39).

Destacam-se, desse modo, duas características do justo: a primeira, o justo como direito havido por alguém em decorrência de um preceito previamente expresso ou de uma garantia salvaguardada pelo ordenamento jurídico, como, por exemplo, o salário mínimo que imuniza o cidadão da pobreza e da marginalização. A segunda, o justo qualificativo, como, por exemplo, o princípio da dignidade da pessoa humana ou o da igualdade, que impõe o dever de tratamento de todos os partícipes da vida em comunhão de modo igualitário e condigno.

Ambas as características do justo evidenciadas pressupõem que o direito esteja devidamente fundamentado em uma norma do ordenamento jurídico democraticamente instituído.

Na praxe, porém, são diferentes, pois o justo, no sentido do direito expresso, representa a satisfação de um direito que, caso não seja levado a efeito espontaneamente pelo órgão do Poder Público, faz nascer, para o interessado, a legitimidade para sindicá-lo judicialmente. Enquanto o justo, no sentido qualitativo, representa um direito cujo conteúdo pressupõe, necessariamente, que se lhe restrinja o âmbito de incidência ou a conformação por parte do legislador.

O justo revela, dessa forma, mecanismo hábil de materialização do direito comumente designado por justiça, como adverte André Franco Montoro: “o Direito é propriamente aquilo que é devido por justiça a uma pessoa ou a uma comunidade: o respeito à vida é direito de todo homem, a educação é direito da criança, o salário é direito do empregado, a habitação é direito da família, o imposto é direito do Estado.” (MONTORO, 1994, p. 124).

Satisfeito o direito legalmente garantido ao cidadão, desde que observado o princípio da igualdade, da legalidade, da dignidade da pessoa humana e demais princípios do ordenamento jurídico, chegaremos, como se verá, à fórmula “a cada um conforme suas necessidades” e “a cada um conforme o que a lei lhe atribui”, isto é, a justiça. Inversamente, teremos a injustiça.

Já no que se refere à justiça, leciona André Franco Montoro (1994) que esse termo deriva de *jus*, o direito de algo ou o que é justo. Depois, noticia (MONTORO, 1994), que alguns pretendem que o *jus* se tenha constituído no idioma latino como derivado de *jussum*, particípio passado do verbo *jubere*, que significa mandar, ordenar. Outros preferem ver no vocábulo *jus* uma derivação de *justum*, isto é, aquilo que é justo ou conforme a justiça.

O *jus*, principalmente na sua última acepção, “aquilo que é justo ou conforme a justiça” pressupõe, portanto, um dizer direito segundo a norma legalmente prescrita, pelo que a justiça vem a ser o próprio direito conferido a seu titular de forma justa, igualitária e proporcional, como Aristóteles já destacava em seu conceito de justiça e de injustiça, que continua sendo reafirmado na atualidade.

Nada mal lembrar que Aristóteles (1996, p. 113-199), concebia a justiça como parte integrante da excelência, a fiel observância da lei e o respeito pela igualdade e a proporcionalidade; já em relação ao seu contrário, a injustiça, como a transgressão da lei e a iniquidade, que violam o princípio da proporcionalidade.

É, também, com base nessa concepção de justiça aristotélica que procuraremos imprimir a fórmula de justiça que busca por maior justiça social do cidadão necessitado, inclusive dos vitimados do Delito Rei, que, além de experimentarem a perda de um ente querido, ficam expostos a longo sofrimento e desamparados, o que espelha flagrante injustiça.

Para esta proposta, portanto, a justiça é um ato *per lege e sub lege*, isto é, a legitimação formal e material, que confere, ao cidadão vitimado necessitado, seu direito salvaguardado por expresse ou implicitamente pela ordem jurídica constitucional, cujo objetivo precípua é a materialização dos direitos fundamentais de forma justa.

Baseando-se nesse conceito de justiça, ressaltam-se, entre nós, as lições de Chaim Perelman, para quem há seis concepções mais correntes de justiça, quais sejam: “1) A cada qual a mesma coisa; 2) A cada qual segundo seus méritos; 3) A cada qual segundo suas obras; 4) A cada qual segundo suas necessidades; 5) A cada qual segundo sua posição; e 6) A cada qual segundo o que a lei lhe atribui”. (PERELMAN, 1996, p. 9).

Pela fórmula “a cada qual a mesma coisa”, não se levam em conta as diferenças ou particularidades entre os seres humanos, importa apenas que seja observado o tratamento igualitário entre os membros da mesma comunidade ou Estado.

Pontua, ainda, Chaim Perelman: “essa fórmula é a única concepção puramente igualitária, contrariamente a todas as outras, que exigem a aplicação de certa proporcionalidade”. (PERELMAN, 1996, p. 20). E adverte Perelman (1996), “a fórmula de cada qual a mesma coisa, que determina uma concepção igualitária de justiça, não coincide necessariamente com um humanitarismo igualitário”.

Já a fórmula “a cada qual segundo seus méritos”, apesar de não estar vinculada explicitamente ao dever de tratamento igualitário, denuncia a necessidade de um tratamento proporcional a uma qualidade intrínseca, ou seja, pelo mérito de cada ser humano.

A diferença entre essas primeiras fórmulas de justiça, isto é, “a cada qual a mesma coisa” e “a cada qual segundo seus méritos”, diz respeito apenas ao fato de que esta tira seu fundamento do princípio da proporcionalidade, ao passo que aquela, do princípio da igualdade.

A fórmula “a cada qual segundo suas obras”, porém embora siga critério diferente do da “a cada qual segundo os seus méritos”, também se fundamenta no dever de tratamento proporcional.

A diferença fundamental entre elas, ou seja, a segunda e a terceira, reside no fato de “a cada qual segundo os seus méritos” ser um critério endossado pela moral; enquanto “a cada qual segundo suas obras” é um critério externo à moral, não leva em conta a intenção, nem os sacrifícios realizados, mas unicamente o resultado da ação.

A fórmula “a cada qual segundo suas necessidades”, diferentemente das anteriores, visa minimizar os sofrimentos e as necessidades essenciais do cidadão necessitado, sem condição financeira e econômica para o desfrute da vida como ser humano dotado de dignidade, Como reafirma Chaim Perelman:

Levar-se-á em conta um mínimo vital que cumprirá assegurar a cada homem, seus encargos familiares, sua saúde mais ou menos precária, os cuidados requeridos por sua pouca idade ou por sua velhice, etc. foi essa fórmula da justiça que impondose cada vez mais na legislação social contemporânea, pôs em xeque a economia liberal

em que o trabalho, assinalado a uma mercadoria, estava sujeito a flutuações resultantes da lei da oferta e da procura. (PERELMAN, 1996, p. 10-11).

Essa fórmula, “a cada qual segundo suas necessidades”, embora diferente das demais, guarda certa sintonia com a de “a cada qual a mesma coisa”, haja vista que ambas se fundamentam no princípio da igualdade.

A diferença principal entre elas, portanto, reside no fato de que “a cada qual segundo suas necessidades” pressupõe, antes de tudo, uma situação de carência ou necessidade extrema, a partir da qual emerge o dever de tratamento igualitário. Aliás, segundo o próprio Perelman (1996), esse critério é o da excepcionalidade, pois nem sempre será recorrida. Ademais, pressupõe um estudo psicológico prévio sobre as necessidades dos homens considerados. Com efeito, estamos perante um critério substancial de justiça, que se materializa em uma situação concreta, como alerta Chaim Perelman:

Quem pretenda apurar a necessidade essencial do necessitado deverá não só estabelecer uma distinção entre as necessidades essenciais e as outras, mas também hierarquizar as necessidades essenciais, de modo que se conheçam aquelas que se há de satisfazer em primeiro lugar e determinar o preço que custará a sua satisfação; essa operação conduzirá à definição da vital. (PERELMAN, 1996, p. 26).

A prova de carência ou da necessidade essencial pressupõe, portanto, a polarização ou hierarquização das necessidades, tanto que o beneficiário prioritário é aquele cuja prova reunida demonstrar maior grau de vulnerabilidade, ou seja, dito da melhor forma, quanto mais exposto à pobreza e à marginalização o cidadão necessitado, será ele o prioritário.

Trata-se, assim, de um critério de refinamento da classe necessitada contemplada, sendo essa caracterisca que dissocia também a fórmula “a cada qual segundo suas necessidades” dos atos da caridade, conforme Chaim Perelman:

[...] a diferença essencial entre a caridade e a fórmula da justiça que dela mais se aproxima, a justiça só se aplica a seres considerados como elementos de um conjunto, da categoria essencial, ao passo que caridade considera os seres como indivíduos e leva em conta suas características próprias [...]. (PERELMAN, 1996, p. 26).

Realmente, nos atos da caridade, o tratamento tende a adquirir uma conotação discriminatória, na medida em que podem pesar as características particulares de cada necessitado, sem perder de vista o sentimento moral que pode falar mais alto, o que poderá comprometer o dever à classe necessitada de igual modo. Já o critério “a cada qual segundo suas necessidades” é precedido de estudo minucioso sobre a necessidade e prioridade contemplada, o que exterioriza não somente o crivo do princípio de igualdade, mas a materialização do direito justo.

Segue-se, ainda, a fórmula “a cada qual segundo sua posição”, critério esse que, segundo o Peralman (1996), se funda na fórmula “aristocrata da justiça”. Pois consiste em tratar os seres humanos não conforme o critério intrínseco ao indivíduo, mas pela classe ou categoria social a que pertence.

Esse critério revela-se, portanto, inadequado para a materialização do direito moderno, haja vista que deflagra uma fragmentação da sociedade em classes e espelha uma forma dissimulada de legitimar a discriminação, no sentido negativo da palavra, entre os membros da comunidade humana.

Por fim, a fórmula “a cada qual segundo o que a lei lhe atribui” implica conferir ao cidadão, seja ele ou não necessitado, o que a lei lhe atribui, bem como a obrigação de o Poder Público ou Estado-juiz aplicar as leis do país. Essa fórmula reitera o princípio da legalidade em sua acepção *secun lege*, ou seja, o Poder Público ou o Estado-juiz somente deve agir em virtude da lei, como dispõe o próprio Chaim Perelman.

Essa forma da justiça se distingue de todas as outras pelo fato de o juiz, a pessoa encarregada de aplicá-la, já não ser livre para escolher concepção da justiça que prefere: ele deve observar a regra estabelecida. A classificação, a distribuição em categorias essenciais, é-lhe imposta e ele deve obrigatoriamente levá-la em conta. É essa a distinção fundamental entre a concepção moral e a concepção jurídica da justiça. (PERELMAN, 1996, p. 28).

O Poder Público ou Estado-juiz apenas deve agir *secum lege*, sob pena de ver seu ato carecer não somente de legitimidade, mas, e principalmente, estar eivado de inconstitucionalidade e, por consequência, sujeitar-se a uma possível nulidade em instância superior (PERELMAN, 1996)⁶³.

Essa submissão dos atos jurídicos à margem da Lei às instâncias superiores, para sua posterior revisão, é, segundo Perelman (1996), a diferença básica entre uma resposta estritamente jurídica e uma resposta moral, pois, nessa, cada um é livre para escolher e aplicar a fórmula que lhe convier, sequer existindo um controle prévio, quanto mais uma posterior instância para revisar um ato ou uma resposta moral.

⁶³ Chaim Perelman. *Ética e Direito*. Trad.: Mária Hermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 28. – “Em moral, a pessoa é livre para escolher a fórmula da justiça que pretende aplicar e a interpretação que deseja dar-lhe; em direito, a fórmula da justiça é imposta e sua interpretação sujeita ao controle da Corte Suprema do Estado. Em moral, a regra adotada resulta da livre adesão da consciência; em direito, cumpre levar em conta a ordem estabelecida. Aquele que julga, em moral, deve primeiro determinar as categorias segundo as quais julgará, depois ver quais são as categorias aplicáveis aos fatos; em direito, o único problema que se deve examinar é o de saber como os fatos considerados se integram no sistema jurídico determinado, como os qualificar. Em direito moderno, as duas instâncias, a que determina as categorias e a que se aplica, são rigorosamente separadas; em moral, estão unidas na mesma consciência”.

Dentre as fórmulas de justiça até aqui evidenciadas, “a cada qual segundo suas necessidades” e “a cada qual segundo o que a lei lhe atribui” trilham na linha do presente enfoque.

O critério “a cada qual segundo suas necessidades”, pois, esse se amolda ao ideário do Estado Social de Direito no qual o Estado está obrigado a promover à máxima realização da justiça social, o que, por via de consequência, imuniza o cidadão necessitado da pobreza e da marginalização.

Essa imunidade estende-se a quaisquer situações em que o cidadão necessitado não dispuser de condição financeira e econômica para se manter, bem como nas situações em que ao cidadão de bem é imposta a situação de necessidade por ato ilícito de terceiro.

Nada obsta recordar que ser vítima de um crime não significa encaminhar o cidadão para a extrema pobreza ou a sua marginalização, mas o momento é de prestar-lhe solidariedade, carinho ou compaixão, enfim, o restauro mínimo da sua vida digna ante o delito, gestos esses que podem contribuir para a superação do momento de dor e angústia.

Reiteramos, assim, a intenção da presente proposta, de advogar em favor de uma reparação civil *ex delicto*, ainda que de modo assistencial, via cimeira para mitigar o sofrimento, a dor da alma e restaurar a vida digna do vitimado comprometido pelo delito.

Já a fórmula da justiça “a cada qual segundo o que a lei lhe atribui” configura o critério da justiça que melhor traduz o ideário do Estado Material de Direito, onde o Estado, além de estar contido em estritos limites legais faz tudo para conferir máxima realização aos direitos fundamentais dos cidadãos, conforme os valores e objetivos esculpidos na Constituição.

Por este critério, portanto, se garantido constitucionalmente um direito fundamental em benefício do cidadão necessitado, não sobra ao Poder Público outra opção senão envidar esforço pela sua proteção, promoção ou criar as condições necessárias para conferir-lhe uma máxima realização.

Caso inerte o Poder Público, ou seja, se este não age para proteger e nem promove ou cria condições básicas para a realização do direito fundamental constitucionalmente garantido ao cidadão necessitado, ou, ainda, sequer reme os obstáculos que possam comprometer essa realização, não restará ao necessitado outra opção a não ser a de testemunhar ao juízo competente tamanha afronta daquele à Constituição.

Baseando-se nas fórmulas “a cada qual segundo suas necessidades” e “a cada qual segundo o que a lei lhe atribui”, acreditamos, portanto, fica superada, em tese, a justiça formal

de cunho positivista, em prol de um critério de justiça substancial, por meio do qual o Poder Público passa a se submeter ao conteúdo substancial dos direitos fundamentais e dos direitos cujos conteúdos estão subentendidos nas suas normas, sendo essas normas, também, que passam a nortear a orientação jurisdicional.

No contexto onde o Poder Público, ou seja, a Administração Pública e o Estado-juiz estão submissos ao conteúdo dos direitos fundamentais, não restam dúvidas de que teremos também ganho maior para o cidadão vitimado necessitado, pois este poderá ver garantidas as condições materiais básicas indispensáveis para desfrutar de vida condigna.

Importa ilustrar, também, que em uma sociedade política organizada, na qual o Estado garante, ao ser humano necessitado, condições materiais básicas indispensáveis para o desfrute da vida condigna, não restará margem de dúvidas de que esse Estado é Democrático de Direito, onde os cidadãos não participam apenas na tomada de decisões sobre suas vidas ou destinos, mas se beneficiam também dos rendimentos da produção nacional – a maior justiça social, sendo este o sentido e fundamento do critério da justiça “a cada qual segundo suas necessidades”.

Igualmente, em uma sociedade política organizada, onde o Estado realiza a maior justiça social, não restarão dúvidas de que estamos perante um Estado que reforça e renova a vigência dos direitos fundamentais ou do princípio da dignidade da pessoa humana, bem como erradica a pobreza e a marginalização.

Elucida-se, assim, que só pode ser Estado Democrático de Direito aquele Estado onde os cidadãos que experimentam prejuízos em decorrência do delito fazem *jus* a uma compensação indenitária *in pecunia* ou assistencial, como forma de mitigar o sofrimento, a dor da alma e restaurar, minimamente, a vida saudável e digna ante o evento delituoso.

Visto isto, importa saber a quem se deve incumbir a responsabilidade de reparar o dano ou os prejuízos que emergem em decorrência do delito, isto é, se o Estado ou quem promoveu e materializou o evento delituoso danoso – ou seja, o infrator?

Sobre essa indagação, entendemos, aliás, como vinemos sustentando, que cabe, em primeira instância, ao autor do delito enfrentar-se com as consequências de sua conduta nociva. Inobstante, o Estado entrará apenas em ação, assistindo os vitimados necessitados, mediante a garantia de um salário mínimo ou mais, quando ficar provado em juízo que o autor do ilícito se encontra desprovido de condição econômico e financeiro ou inapto ao exercício de qualquer profissão na carceragem, para arcar com os custos de prejuízos emergentes em decorrência de sua conduta ilícita.

O Estado, ao garantir um salário mínimo ou mais, em benefício do vitimado necessitado imposto a essa situação por ilícito do agente desprovido de condições financeiras capazes de recompô-lo, estará concretizando o princípio da dignidade da pessoa humana, mediante a garantia de que o vitimado não ficará desamparado, ainda que constatado o fato de o infrator não suportar o *quantum* de reparação civil *ex delicto*.

Para a fixação do *quantum* indenitário *in pecúnia* ou assistencial, ainda que no mínimo, o juiz deve arguir o vitimado expressamente sobre suas perdas, em detalhes, e ordenar a reunião de provas para que se possa consubstanciar o efetivo do prejuízo emergente. Pois não há como considerar os prejuízos sofridos pelo vitimado sem que ele próprio expresse nos autos da ação penal a forma como experimentou o delito, trazendo todos os elementos comprobatórios que justifiquem e especifiquem a extensão dos danos e seu valor.

Caso a situação seja bem complexa, a determinação de danos morais, por exemplo, o juiz poderá solicitar o conjunto de perícias e auditorias, e, logo em seguida, arbitrar o valor. (MORAES, 2003)⁶⁴.

O apuramento do *quantum* indenitário *in pecúnia* ou assistencial, deve observar, obrigatoriamente, o crivo do contraditório e da ampla defesa. É necessário, acima de tudo, que tal *quantum* se aproxime da realidade, ou seja, que corresponda ao efetivo dano emergente em decorrência da materialidade do delito, o que evitaria o provável retorno do vitimado, sindicando o *jus* fundamental à complementação do valor em questão no juízo cível.

Em se tratando das hipóteses de inimputabilidade, “homicida menor de idade”, ou, ainda, a não instauração do processo criminal, observa-se que, nessas circunstâncias jurídicas, o Estado não ficará desobrigado do *jus* assistencial, haja vista que o vitimado, que até pode ser um menor de idade necessitado, não pode ser relegado à situação de extrema pobreza e marginalização, pelo simples fato de aquele ser inimputável.

São essas as hipóteses em que o Estado deve ser o principal responsável pela satisfação do *jus* assistencial, tanto no sentido da garantia de um salário mínimo ou mais, conforme a situação emergente, quanto à assistência em sentido amplo, como, por exemplo, o auxílio à moradia, a educação, saúde, lazer, acesso aos meios socioculturais, etc., pois já se podia presumir que o inimputável é um cidadão carecedor de condições econômicas

⁶⁴ Maria Celina Bodin de Moraes. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 260 a 270 – “O ordenamento pátrio, como é notável, concede ao juiz a mais ampla liberdade para arbitrar o valor da reparação dos extrapatrimoniais. [...] a fixação do quantum indenitário arbitrado ao juiz, o único a ter meios para analisar e sopesar a matéria de fato, permite que ele se utilize da equidade e aja com prudência e equilíbrio”.

financeiras para suportar o seu sustento, quanto para arcar com os custos emergentes em decorrência de prejuízos que haja causado a terceiros.

Essa responsabilização subsidiária do Estado em colmatar a debilidade econômica e financeira do infrator ou, em caso de “homicida menor de idade”, ser o principal responsável pela satisfação do *jus indenitário* por danos, ainda que assistencial, faz do mesmo, aquele que se incumbe constitucionalmente por garantir a segurança pública, conferir máxima realização aos direitos fundamentais, remir a pobreza e marginalização, e garantir a paz jurídica e social. Nesse sentido, acentua Saulo José Casali Bahia:

[...] Se o Estado tem o dever de cuidar da harmonia e da estabilidade sociais, e o dano provém justamente da quebra desta harmonia e estabilidade, seria dever do Estado repará-lo. O que revela não é mais individuar para reprimir e compensar, mas socializar para garantir e compensar. (BAHIA, 1995, P. 93).

Dessa forma, pois, caso o autor da conduta delituosa se encontra econômica e financeiramente capacitado para arcar com o custo de prejuízos que emergem em decorrência de sua conduta nociva em face do vitimado, é simplesmente obrigá-lo, nos limites legais, que restaure a vida saudável e digna deste último.

Porém, encontrando-se o autor da conduta delituosa incapacitado econômica e financeiramente para restaurar a vida saudável e digna do vitimado, a obrigação de restaurá-la recai de forma rateada para todos os partícipes da vida em comunhão representados pelo Estado. Tem-se, assim, o princípio da igualdade dos encargos sociais. (BAHIA, 1993)⁶⁵.

É, portanto, na possibilidade de fazer com que a realidade se torne justa, com a qualidade da reconstrução das relações éticas destruídas pela violência, na responsabilização de uns pelos outros, que a reparação civil *ex delicto* se legitima como alternativa eficaz para o paradigma assente no ideário da promoção de valores como os da inclusão, da paz jurídica e social, e da dignidade da pessoa humana, e que pugna pela responsabilização e efetivação dos direitos fundamentais.

4.4 Reparar dano ao vitimado do Delito Rei: mina o Direito Penal?

Responder a inquietação suscitada requer, antes de mais, que seja desvendada a função do Direito Penal moderno. Para o efeito, faz-se necessário também discorrermos sobre o

⁶⁵ Confira-se: Saulo José Casali Bahia. *Responsabilidade Civil por Atos do Juiz*. Cord.: Sérgio Novais Dias e Saulo José Casali Bahia. Revista dos mestrados em Direito Econômico da UFBA. – nº 3, Jul. 1992/Jun. 1993. Salvador - Bahia: Centro Editorial e Didático da UFBA, p. 327.

conceito do bem ou interesse jurídico, pois somente essas análises possibilitarão a compreensão sobre a verdadeira função do Direito Penal dentro do sistema jurídico do Estado Democrático, assente no princípio ético e deontológico da dignidade da pessoa humana.

Assim, parte-se do pressuposto de que, na atualidade, o direito é o conjunto de normas jurídicas cuja produção e aprovação resultam de uma convergência de vontade expressa pelos partícipes da vida em comunhão ou pelos seus representantes legitimamente eleitos para tal feito. Considerando, ainda, o fato de a dignidade da pessoa humana ser o princípio que informa e fundamenta uma ordem jurídica democraticamente instituída, denota-se que o Direito Penal não pode ter outra função senão a de proteger o ser humano na sua vida em comunhão.

Nesse sentido, anota Franz Von Liszt: “o bem jurídico, objeto da proteção do direito, em última analyse é sempre a existência humana nas suas diversas formas e manifestação. Ella é que é o bem jurídico, isto é, o centro de todos os interesses juridicamente protegidos”. (LISZT, 1899, p. 1).

O “o bem jurídico” assim entendido, refere apenas à existência digna do ser humano e não o reforço ou a renovação de vigência da norma jurídica violada, como se tem verificado na praxe jurídica guineense.

No que se refere ao interesse jurídico, observa-se, que esse se refere à importância ou valor que um bem jurídico tem para o seu titular. No mesmo sentido, registra-se que o interesse:

É um juízo que um sujeito tem sobre a utilidade, sobre o valor de um objeto, como meio da satisfação da própria necessidade; é a valoração de alguém sobre a aptidão de um bem a satisfazer uma necessidade (utilidade, valor de uso). O interesse é, então um ato de inteligência. (AMARAL, 2002. p. 40).

O interesse assim registrado é uma instância psicológica do que é socialmente útil para a esfera privada do ser humano, sendo seu contraposto o da sociedade, que abrange tanto o que o indivíduo representa para a mesma, quanto o que dele se espera para uma convivência pacífica.

Na mesma linha de pensamento, anota Márcio A. L. P. Pereira e José S. de Oliveira que “a importância da dimensão do bem comum do homem é a condução à percepção de que aquele, dotado de consciência ética é capaz de melhor agir, deve fazer coincidir seus anseios com o da coletividade e promover o bem de todos”. (PEREIRA; DE OLIVEIRA, 2014, p. 164). Desse modo, o bem-estar social é o valor supremo.

Quem age em desfavor ao valor supremo, o bem-estar social, portanto, não só indigno será, mas sujeitar-se-á a uma reprimenda ou sanção penal. Perfilando o mesmo entendimento, afirma Cláudio do Prado Amaral que:

O bem jurídico penal é aquele que sob determinadas circunstâncias, cuja necessidade para o desenvolvimento do ser humano e de seu meio social seja de tal magnitude, que sem a proteção penal tal dinâmica seria impossível, ou pior, contraproducente. O que o caracteriza é a necessidade de uma tutela mais severa para a viabilidade da sociedade e do homem nele inserido, notadamente com implicações que anulam ou diminuem a liberdade de ir e vir, ou restringem liberdades outras de forma imperativa. (AMARAL, 2002, p. 46).

Sem dúvida nenhuma, o bem jurídico penal é o bem-estar do ser humano na sua vida comunal, sendo assim, não pode o Direito Penal ter outra função senão proteger e prover uma existência condigna do ser humano.

É por isso, também, que quando o Direito Penal se demonstrar desacreditado para com sua função de proteger e promover uma existência digna para o ser humano, deve imperar o grito de socorro do povo, de modo que o Poder Legislativo, que se incumbe constitucionalmente da missão legiferante, estará em sua obrigação de ouvir tal grito e contextualizar a lei penal.

Além da função de proteger e promover uma existência digna para o ser humano, registra-se, também, outra função do Direito Penal moderno: a cominação das penas ou sanções e medidas socioeducativas, àqueles que violem ou comprometam a existência condigna de outrem. É o que escreve também Anabela Rodrigues:

A função do Direito Penal no sistema de meio de controle social e na ordem jurídica total haverá aprender-se não só através da natureza de seu objeto (o facto ou comportamento criminoso, *hoc sensu*, o “crime”), como também da especificidade das consequências jurídicas que àquele se ligam as penas e as medidas de segurança. (RODRIGUES, 1995, p. 41).

Seguindo essa linha de pensamento, a função do Direito Penal passa a ser o assecuramento da coexistência pacífica e digna entre os membros da sociedade, bem como o estabelecimento de limites às consequências jurídicas das penas e medidas de segurança, como ressalta José Luís Díez Ripollés:

A função do direito penal nada mais é do que a função da pena e da medida de segurança, e a função destas últimas é a proteção aos bens jurídicos através da prevenção de delitos segundo sua gravidade e periculosidade, utilizando para tanto efeitos próprios da prevenção geral e especial. Contudo, a pena e a medida de segurança devem realizar essa função dentro de alguns limites que o Estado não pode ultrapassar. (RIPOLLÉS, 2005, p. 124).

Denota, nessa ótica, uma maior preocupação com o reforço e a renovação da vigência da norma penal infringida do que propriamente com a tutela dos bens jurídicos considerados

fundamentais, para uma existência condigna de todos os partícipes da vida em comunhão, inclusive a do próprio infrator.

Aplicar a pena ou medida de segurança de forma proporcional e segundo os limites legais preestabelecidos, bem como reeducar o infrator para que logo depois possa retornar ao convívio social, somente satisfazem aos interesses do Estado, de reforçar e renovar a vigência da lei violada. Esse modelo de gestão de conflito criminal, como se verá, sequer é útil para a reinserção do infrator ao convívio social com segurança.

Reduzir a função do Direito Penal à aplicação da pena e medida de segurança, portanto, não passam de retorno aos primórdios do *persecutio* penal, onde a vítima era um mero informante do processo, sem mínimas possibilidades de ser compensada pelos prejuízos que haja suportado em decorrência da materialidade do delito.

Para Cláudio do Prado Amaral, “a missão do Direito Penal não é qualquer proteção, mas uma subsidiária dos bens jurídicos, isto é, somente se podem punir as lesões contra bens jurídicos se tal for indisponível para a vida ordenada”. (AMARAL, 2002, p. 19). Depois, acrescenta (AMARAL, 2002): “o Direito Penal é remédio extremo de que lança mão o Estado, operando como instrumento de reserva, para situações extremadas, daí a sua característica de última *ratio*”.

O Direito Penal, com efeito, somente deve ser acionado quando os demais ramos da ciência jurídica demonstrarem insuficientes para preservar a coexistência pacífica entre os partícipes da vida em comunhão. Eis também a função subsidiária do Direito Penal moderno.

Por outro lado, o recurso ao Direito Penal somente faz-se por legítimo quando lograr pela proteção do bem jurídico axiologicamente fundamental para a preservação da espécie humana, a vida. Daí também seu caráter de última *ratio*.

Dizer última *ratio* implica que, quando o assunto é a preservação da vida humana, isto é, uma existência digna do ser humano, esta deve ocupar lugar cimeiro da preocupação do Direito Penal, e não a punição do infrator ou sua ressocialização, para logo depois promover seu retorno ao convívio social, ou, ainda, para reforçar ou renovar a vigência da norma jurídica infringida, como está sedimentado pelo modelo de reação jurídica penal vigente.

Urge, portanto, inverter a ordem, pois, se o vitimado é quem sofre a perda de um ente querido e suporta os prejuízos que emergem em decorrência da materialidade do evento delituoso danoso – a morte –, não resta dúvida de que a vida ordenada ofendida é, em primeira instância, dele.

Assim sendo, o Direito Penal, na sua função de última *ratio*, deve preocupar-se, em primeiro lugar, em protegê-lo e criar condições necessárias para o restauo de sua vida digna ante o evento delituoso, para logo depois preocupar-se com a punição do infrator ou a sua ressocialização para o retorno do convívio social, ou, ainda, para reforçar ou renovar a vigência da norma jurídica infringida.

Avulta lembrar, aqui, que a vida humana é um bem fundamental para a preservação da espécie humana e, por isso, ocupa o epicentro de uma Constituição democraticamente instituída. Portanto, qualquer norma jurídica ordinária que não tire obediência e fundamento da Constituição, ou dos valores por ela salvaguardados, significa juridicamente inexistente.

Eis também porque uma resposta jurídica proferida no âmbito infraconstitucional, principalmente no penal, apenas deve tirar fundamento e obediência à Constituição, sob pena de ver seu conteúdo excluído do mundo jurídico.

Sob essa obrigação, pois, o aplicador da lei penal, ou seja, o Estado-Juiz, não é mero aplicador ou executor da vontade do legislador infraconstitucional, mas o guardião dos Direitos Fundamentais salvaguardados pela Constituição, fonte de validade da norma penal. Conforme consigna Luige Ferrajoli:

A sujeição do juiz a lei não é, como o velho paradigma positivista, sujeição à letra da lei, qualquer que fosse seu significado, senão sujeição à lei enquanto válida, quer dizer, coerente com a Constituição. E no modelo constitucional garantista a validade já não é um dogma associado à mera existência formal da lei, senão uma qualidade contingente da mesma ligada à coerência de seu significado com a Constituição, coerência mais ou menos opinável e sempre remetida a valoração do juiz. Disso se segue que a interpretação judicial da lei é também sempre um juízo sobre a lei mesma, que corresponde ao juiz junto com a responsabilidade de eleger únicos significados válidos, ou seja, compatíveis com as normas constitucionais substanciais e com direitos fundamentais estabelecidos. (FERRAJOLI, 1999, p. 26).

Como exposto, o Estado-Juiz apenas deve obediência à Constituição e, por isso, a sua intervenção ou decisão deve orientar-se sempre para maximizar a realização dos direitos fundamentais nela salvaguardados, e, por consequência, reforçar a vigência do princípio da dignidade da pessoa humana e da própria ordem jurídica instituída. Dessa forma, pois, observa Cezar Roberto Bitencourt que:

Função do direito penal num Estado Democrático de Direito [...] bem jurídico não pode identificar-se simplesmente com o *ratio legis*, mas deve possuir sentido social próprio, anterior à norma penal e em si mesmo decidido, caso contrário, não será capaz de servir a sua função sistemática, de parâmetro e limite preceito penal e de contrapartida das custas de justificação nas hipóteses de conjunto de valores. (BITENCOURT, 2008, p. 6).

Em verdade, o bem jurídico que o Direito Penal visa proteger, no Estado Democrático, é a vida do ser humano, valor esse *a priori* ao próprio Direito Penal e fonte primária de sua

institucionalização, tanto é que uma resposta jurídica produzida nesse âmbito deve ter por fundamento a sua proteção e realização condigna. Disso resulta também a obrigação de uma resposta jurídica penal se pautar pelo ambiente afetado pelo delito, pelas relações abaladas, bem como pelos prejuízos que hajam emergido em decorrência da materialidade de seu evento danoso – a morte –, de tal sorte que os interesses de todos os afetados sejam curados ou satisfeitos, como explicita Lélío Braga Calhau:

Não se contenta o Estado Democrático com fornecer meios legais e materiais para a proteção da vida corpórea, mas busca também imbuí-la de um sentimento pessoal de satisfação pela própria vida, que deve lhe devotar o homem ao contemplá-la e compreendê-la. Qualquer ação em relação à vítima deve ser realizada em plena consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana. (CALHAU, 2000, p. 232).

Realmente, de nada adianta o Estado Democrático garantir o direito à vida sem conferir-lhe o seu sentido prático, isto é, criar condições para sua realização condigna.

É nesse contexto de conferir à vida o seu sentido prático que se reafirma também a necessidade de reparar o dano àqueles que experimentam situação de comprometimento de suas vidas dignas em decorrência do delito.

Reparados os danos, sejam eles materiais ou morais, como forma de mitigar o sofrimento, a dor da alma e maximizar a realização da vida digna do vitimado, não só se reforça e se renova a vigência da norma penal lesionada, ou dos princípios que informam e fundamentam a ordem jurídica constitucional, mas também materializa-se o próprio direito justo.

A reparação civil *ex delicto*, no sentido de materialização do direito justo, porém, não deve ser vista como um interesse que diz respeito apenas à esfera privada do vitimado, mas, acima de tudo, à da sociedade, ou seja, é um interesse público, pelo que o Poder Público está em sua obrigação de envidar o esforço para que a reparatória seja exercitável ou exequível. Para efeito, o Poder Público, através do seu *persecutio* criminal, também deve criar condições para que o vitimado possa denunciar o trauma e prejuízos suportados, bem como de traçar as formas para a sua recuperação. No mesmo sentido, anota-se que:

A reparação do dano [...] possui um importante efeito ressocializador, na medida em que obriga o autor do delito a enfrentar-se com as consequências de sua atitude, como, outrossim, a conhecer os legítimos interesses da vítima, viabiliza o fomento do reconhecimento das normas; pode conduzir a uma reconciliação entre autor-vítima e, conseqüentemente, facilitar a reintegração do primeiro deles; contribui para a prevenção integradora, ao oferecer um caminho para a restauração da paz jurídica, pois só quando se haja reparado o dano, a vítima e a comunidade considerarão – amiúde, inclusive, independentemente de um castigo –, a perturbação social originada pelo delito. (SANTANA, 2010, p. 66).

Na realidade, sem a satisfação dos interesses de todos os sujeitos da relação jurídica Delito Rei, principalmente os de o vitimado, sem que o ambiente afetado pelo crime seja devidamente apaziguado, aos olhos da sociedade, não há reconciliação ou superação nenhuma, sequer haverá ressocialização e reintegração do infrator ao convívio social com segurança. Fica superado, portanto, o entendimento de que o Direito Penal, por meio do exercício do *jus puniendi* do Estado e da aplicação da pena para o infrator, satisfaz os interesses do vitimado e da sociedade.

Caso o Estado continua a acreditar que o Direito Penal, através do exercício do *jus puniendi* e da imputação da pena para o infrator, satisfaz as pretensões do cidadão vitimado necessitado e, por isso mesmo, omite-se de sua obrigação constitucional para garantir e assegurar aquele uma proteção especial, bem como de restaurar a sua vida ante o evento delituoso, quer isso significar que ele, o Estado, está sendo indigno com o seu cidadão vitimado necessitado que, por ato ilícito de terceiro, viu-se obrigado a experimentar a situação de necessidade.

É interessante acentuar, ainda, que, se a socialização é o processo por meio do qual o ser humano aprende a ser um membro da sociedade, isto é, apto ao convívio social, isso quer significar que quem sequer demonstre arrependimento ou assuma responsabilidade perante os demais partícipes da vida em comunhão dificilmente socializar-se-á.

Na mesma sintonia, assevera Afonso Armando Kosen que: “a responsabilidade ocorre quando se está consciente das consequências das próprias ações e quando se as aceita. Isso inevitavelmente acontece quando uma pessoa se reconhece como parte intrínseca do mundo em que vive”. (KONSEN, 2007, p. 35).

A responsabilidade representa, dessa forma, um sinal de arrependimento e solidariedade do autor do evento delituoso para com os vitimados necessitados, sendo que esse ato pode significar não somente a sua retratação, aos olhos da sociedade, mas uma demonstração digna do respeito pelos mais elevados valores da vida em comunhão, fonte primária da produção da ordem jurídica constitucional. Sobre isso, leciona Cláus Roxin:

A reparação de danos leva três importantes efeitos: aprendizagem, confiança, e pacificação. A reparação do dano traz aprendizado ao autor do delito, para que não venha a delinquir mais, levando a uma relação de confiança com a vítima, que experimenta ter, quando possível o bem restaurado, e, ainda, com essa ação reparadora, a consequente pacificação e solução de conflitos. (ROXIN, 1998, p. 145).

Como bem lecionado, somente quando o autor do evento delituoso assume sua responsabilidade perante aqueles que suportam os prejuízos da sua conduta nociva, ou seja, o

vitimado e a sociedade, é que se abrem as portas para a superação da crise ou conciliação, ou, ainda, a reinserção social do infrator de forma mais segura.

Em caso de inabilitação financeira do infrator, o Estado, como se viu, entrará em ação e assumirá a responsabilidade perante o vitimado, haja vista que este não pode ficar desamparado ou relegado à pobreza e à marginalização, por um ato delituoso que em nada contribuiu para a sua materialidade.

O Estado, ao assumir sua responsabilidade, assistindo o vitimado, também estará realizando, ainda que de forma subsidiária, um dos objetivos, se não o maior, da ordem jurídica constitucional, que é o de conferir uma existência condigna para todos os cidadãos, inclusive os vitimados necessitados.

Conforme vinhamos assinalado, se reparado o dano, ainda que de modo assistencial, minimizado o sofrimento, a dor da alma, e restaurados os prejuízos, não só se maximiza o direito fundamental a uma existência condigna do vitimado, conforme a Carta Magna, mas abre-se a porta para que este e a sociedade possam perdoar o infrator e reconciliar-se com ele. Eis que a reintegração desse último ao convívio social será mais segura.

Em suma, a reparação civil *ex delicto* não visa minar a justiça criminal, nem o cunho retributivo da resposta penal, mas propõe, acima de tudo, torná-lo humanamente digno, igualitário, seguro e justo, haja vista que passa a atender aos interesses de todos os envolvidos no conflito delituoso criminal.

4.5 A reparação civil *ex delicto* e a paz jurídica e social

Falar da paz jurídica e social nos remete, antes de mais nada, às análises das teorias sobre os fins da pena e da reparação de danos, pois somente essas análises podem proporcionar condições para uma maior compreensão sobre a função jurídica e social da reparação civil *ex delicto* no Estado Democrático.

No que concerne às teorias sobre os fins da pena, Cláus Roxin⁶⁶ assinala que essas são: as teorias absolutas, as quais congregam, essencialmente, as doutrinas da retribuição (de justiça e da expiação), e as teorias relativas, sendo que essas últimas se subdividem em: as de prevenção geral e as de prevenção especial ou individual.

Para os adeptos da doutrina absoluta, o fim da pena deve ser independente e desvinculado do seu aspecto social, pelo que a pena deve ser um instrumento de retribuição,

⁶⁶ Cláus Roxin. *Derecho Penal*. Parte Geral. Tomo 1. Fundamentos. La Estructura de la teoría del delito. 2ª ed. Trad: Diego-Manuel Luzón Pena. Lisboa: Civitas S.A., 1997, p. 85.

expição, reparação ou compensação do mal, que emerge em decorrência da materialidade do delito, e a esse tão somente esgotasse. É o que diz Cláus Roxin:

La teoría de la retribución no encuentra el sentido de la pena en la persecución de fin alguno socialmente útil, sino en que mediante la imposición de un mal merecidamente se retribuye, equilibra y expía la culpabilidad del autor por el hecho cometido. [...] detrás de la teoría de la retribución encuentra el viejo principio del Talió. El mérito de la teoría de la retribución radica en su capacidad de impreción psicologicosocial, así como en el hecho de que proporciona un baremo para la magnitud de la pena. Si la pena debe corresponder a lamagnitud de la culpabilidad, está prohibido en todo caso dar un escarmiento mediante una penalización drástica en casos de culpabilidad leve. La idea de la retribución marca, pues, un límite al poder punitivo del Estado e tiene, en esa medida, una función liberal de salvaguarda de la libertad. (ROXIN, 1997, p. 81, 84).

Dessa forma, qualquer teoria, por mais vantajosa ou socialmente útil, ou, ainda, humanamente justa para os sujeitos da relação jurídica delituosa, bem como para o *persecutio* penal, demonstra-se descabível para fundamentar a finalidade da pena, o que denuncia também o ideário lógico-formal positivista, que norteia essas doutrinas, ou seja, a correspondência entre a pena e o fato. Daí anota Gunther Jakobs:

[...] la pena és siempre reacción ante la infracción de una norma. Y la reacción siempre se pone de manifiesto que há de observarse la norma. Y la reacción demostrativa siempre tiene lugar a costa del responsable por haber infringido la norma. Se trata de un problema normativo de la asignación de un suceso perturbador a quien a de soportar aquellos costes que son necesario para eliminar la perturbación. (JAKOBS, 1997, p. 8).

Essas doutrinas, por não admitirem as análises de fatores psicofísicos e sociais, os quais podem explicitar os motivos por que se produziu ou materializou o evento delituoso, revelam-se bastante deficitárias para uma compreensão inequívoca sobre os prejuízos ou análises do ambiente afetado pelo delito e sequer contribuem para a superação do mesmo. Portanto, são inaptas não só para uma política criminal humanista, mas, e principalmente, para um paradigma que pugna pela responsabilização e efetivação dos direitos fundamentais dos vitimados, inclusive do próprio infrator.

Essa inaptidão se verifica, pois, sem as análises de fatores psicofísicos, sociais, financeiros e econômicos, não há como apurar os prejuízos que emergem em decorrência do delito e muito menos estimar o seu *quantum in pecunia* em benefício do vitimado. Ademais, sequer haverá também a responsabilização do infrator ou sua recuperação, ou, ainda, sua reintegração social com maior segurança. Aliás, impor o castigo e cumprir a pena, por si só, representa estigmatização do infrator e, portanto, é desumano. Essa desumanização do sistema penal em relação aos sujeitos da relação jurídica delituosa fica mais evidente, ainda, quando retroagimos olhares para os interesses da esfera privada do vitimado do Delito Rei, que, além

de ser quem sofre o ilícito e suas consequências, fica absolutamente excluído do *persecutio* criminal, sem a mínima possibilidade de poder ver-lhe reparados os prejuízos.

Tudo isso explicita a percepção de que o foco das teorias absolutas é curar apenas o mal do passado, sem levar em conta as consequências futuras. Com efeito, atende apenas ao interesse do Estado, de reforçar e renovar a vigência da ordem jurídica lesada e mais nada.

Disso resulta também o entendimento da Anabela Rodrigues:

Como teoria dos fins da pena, porém, a doutrina de retribuição deve ser recusada. Logo porque ela não é (verdadeiramente não quer ser, nem pode ser) uma teoria dos fins da pena. Ela visa justamente ao contrário, isto é, a consideração da pena como entidade independente de fins. A doutrina da retribuição deve ser recusada ainda pela sua inadequação à legitimação, à fundamentação e ao sentido da intervenção penal. Estas podem apenas resultar da necessidade, que o Estado incumbe satisfazer, de proporcionar as condições de existência comunitária, assegurando a cada pessoa o espaço possível de realização livre de sua personalidade. Só isto pode justificar que o Estado furte a cada pessoa o mínimo indispensável de direitos, liberdades e garantias para assegurar os direitos dos outros e, com eles, da comunidade. Para o cumprimento de uma função a retribuição, a expiação ou a compensação do mal do crime constituem meios idôneos e ilegítimos. (RODRIGUES, 1995, p. 44-46).

Realmente, essas doutrinas remetem-nos aos primórdios do Direito Penal, onde imperava a vontade do soberano e as leis por ele produzidas, e aplicadas por seus representantes, sendo que a vítima era relegada para o lugar periférico do *persecutio* criminal.

As teorias absolutas, portanto, não podem prosperar nos tempos modernos, haja vista as suas inadequações ao paradigma emergente, o qual está assente nos valores como os da inclusão, da paz jurídico-social e da dignidade da pessoa humana.

Já os adeptos das doutrinas relativas, tal como os da absoluta, advogam em favor do caráter retributivo da pena. Não obstante, ao contrário daqueles, esses sustentam a tese de que o caráter retributivo só pode ser legitimado se revelar-se apto às finalidades da política criminal em seu sentido preventivo, como reitera Cláus Roxin:

La teoría de la prevención especial: la misión de la pena consiste unicamente en hacer desistir al autor de futuros delitos. Según ello, el fin de la pena apunta a la prevención que va dirigida al autor individual (especial). Se habla, pues, según esta interpretación, de la prevención especial como fin de la pena. (ROXIN, 1997, p. 85).

Com efeito, a retribuição só é útil se capaz de fazer com que o infrator, individualmente, não venha a delinquir de novo.

Dentre as teorias relativas, sobressaem: as doutrinas da prevenção geral e as da prevenção especial ou individual. Os adeptos da prevenção geral, ao contrário dos da

retribuição, sustentam que a pena se liga direta e imediatamente à função do Direito Penal, sendo essa função a tutela subsidiária de bens jurídicos da sociedade. (ROXIN, 1997)⁶⁷.

Entre os adeptos da prevenção geral, sobressaem: os da prevenção geral negativa, os quais sustentam que a pena, como instrumento de política criminal, deveria causar pressão psicológica sobre o grupo social (caráter intimidatório), de maneira que todos os integrantes da mesma se abstenham de praticar condutas que infringiriam a ordem jurídica e social. Com efeito, é lícito transformar o infrator em “bode expiatório” e aterrorizá-lo.

A vertente positivista da doutrina de prevenção geral advoga, porém, em favor de uma pena que deve constituir instrumento de prevenção integradora, de tutela da confiança geral de validade e vigência das normas do ordenamento jurídico ligado à preservação da ordem social instituída.

Essas doutrinas de prevenção geral, negativa e positiva, respectivamente, tal como as retributivas, são nada mais, nada menos que argumentos que promovem a ideia do reforço e da renovação de vigência da norma jurídica penal violada, isto é, a satisfação dos interesses do Estado, sendo apenas de forma mediata benéficas para o infrator, e mais nada.

Demonstram-se, portanto, inaptas para uma política criminal que propugna não só pela recuperação e reinserção do infrator ao convívio social, ou inibir a sua reincidência, mas, e principalmente, pelo atendimento dos interesses e vontades de todos os afetados pela materialidade do delito. Daí constata Cláudio do Prado Amaral que:

Em termos da prevenção geral a reparação como pena é vantajosa. A prevenção geral tem duas vertentes na teoria da pena: positiva – a reparação atinge os objetivos preventivos gerais, porque quando é produzida uma vulneração da norma e logo em seguida uma reparação, está se comprovando que o sistema funciona, e, portanto, alcança-se a coesão social, não só por ser castigado o autor do fato punível, mas também por ver satisfeita a vítima e de ter gerado um efeito de felicidade ao direito para o resto da coletividade, pela reparação imposta. (AMARAL, 2002, p. 90).

Insistimos, pois, que, sem a satisfação dos interesses de todos os sujeitos da relação jurídica delituosa, principalmente os do vitimado, sem que o ambiente afetado pelo crime seja devidamente apaziguado, aos olhos da sociedade, não há reconciliação ou superação nenhuma, e sequer haverá ressocialização e reintegração do infrator ao convívio social com segurança. Nesse sentido, assinala Cláudio do Prado Amaral:

⁶⁷ Cláus Roxin. *Derecho Penal*. Parte Geral. Tomo 1. Fundamentos. La Estructura de la teoría del delito. 2ª ed. Trad.: Diego-Manuel Luzón Pena. Lisboa: Civitas S.A., 1997, p. 89 – “*La teoría de la prevención general: no ve el fin de la pena en la retribución ni en su influencia sobre el autor, sino en la influencia sobre la comunidad, que mediante las amenazas penales y la ejecución de la pena debe ser instruída sobre las prohibiciones legales y apartada de su violación. También aquí se trata, pues, de una teoría que tende a la prevención de delitos (y con ello preventiva y relativa), como consecuencia de lo cual la pena debe, sin embargo, actuar no especialmente sobre el condenado, sino generalmente sobre la comunidad. por esta razón se habla de una teoría de la prevención generale*”.

Função preventiva geral negativa – a reparação geraria uma intimidação psicológica; da mesma forma que uma multa de trânsito intimida para deixar de passar por um semáforo vermelho, a reparação poderia ter o mesmo efeito no caso de condutas antijurídicas; sobretudo no caso da reparação, porque esta é alcançada de maneira mais rápida ao introduzir mecanismo de reconciliação ou transação no processo penal para solucionar os conflitos penais. (AMARAL, 2002, p. 93).

Em verdade, caso a reparação civil *ex delicto* seja arcada pelo infrator ou assegurada pelos bens de seu patrimônio, implicam que ele, o infrator, assumiu a sua responsabilidade perante a vítima, o Estado e a sociedade, pelo delito que haja cometido e os prejuízos daí emergentes – a função repressiva, sendo que este ato pode constituir também pressão psicológica para que volte a delinquir, senão ver-se-á obrigado a pensar e muito – a função preventiva.

Porém, se a reparação civil *ex delicto* efetivada subsidiariamente pelo Estado, ainda que de modo assistencial, em benefício do cidadão vitimado necessitado, no que se diz nas hipóteses de inabilidade financeira e econômica do infrator ou nas hipóteses de inimputabilidade, “homicida menor de idade”, ou ainda, a não instauração do processo criminal, esse ato pode significar aos olhos da sociedade que o Estado assumiu a sua responsabilidade perante o vitimado e a sociedade, pela negligência para com a sua obrigação constitucional de garantir segurança pública – a função repressiva –, sendo que este ato pode implicar também uma chamada de atenção para que ele, o Estado, confira à segurança pública lugar cimeiro na sua política pública e orçamentária – a função preventiva.

Nesse contexto de proteger e prover uma existência condigna do ser humano, e de reprimir e prevenir a delinquência, em que o Estado confere à segurança pública lugar cimeiro da sua política pública e orçamentária, e o infrator pensa e repensa antes de promover ou dar resultado a um evento nocivo à ordem jurídica e social, a sociedade como um todo terá um ganho maior: o nível de tolerância alto e o índice da criminalidade baixa - a função desencorajadora da reparação civil *ex delicto*.

Reafirma-se, assim, a verdadeira função do direito penal moderno: proteger e prover a existência saudável e digna do ser humano, reprimir e prevenir futuras agressões em face da vida humana, valor supremo, o qual confere sentido material à dignidade da pessoa humana e este, por sua vez, orienta, informa e confere sentido aos direitos fundamentais.

Seguem-se, ainda, as doutrinas da prevenção especial, as quais advogam em favor da pena que constitua um instrumento para alcançar a defesa social, através da superação ou segregação do delinquente, como forma de neutralizar a sua periculosidade social.

Dentre os adeptos das doutrinas de prevenção especial, sobressaem: os de prevenção especial ou de socialização, que logram pela socialização do infrator e a sua reinserção na sociedade, sendo a pena legitimada somente para evitar a reincidência daquele. Já a vertente de prevenção individual positiva pugna por uma pena útil para situações em que a socialização não surta ou nunca surtirá efeitos reinserssórios, ou se demonstre ineficaz para evitar a reincidência.

A diferença entre elas, portanto, é: a doutrina da prevenção geral se dirige para a coletividade, da qual o infrator também é membro, para causar pressão ou intimidação psicológica; a da prevenção especial, porém, busca prevenir os delitos praticados por uma pessoa individual e procura evitar que esta venha a delinquir novamente, ou seja, o objetivo da prevenção especial é evitar a reincidência. Com efeito, a necessidade de uma prevenção especial emerge já na fase de execução da pena, ao passo que a da prevenção geral, no momento da sua cominação.

Essas teorias, como se percebe, representam a superação de uma visão da pena como instrumento de reforço e renovação da vigência da norma jurídica penal violada, de caráter intimidatório ou aterrorizador, para causar pressão psicológica, para os de recuperação e reintegração do infrator, bem como de prevenir a reincidência.

Apesar do inegável mérito dessas teorias, observa-se, porém, que elas, tais como as anteriormente evidenciadas, atendem mais aos interesses do Estado: renovar e reforçar a vigência da norma jurídica violada ou evitar a reincidência. Bem como aos do infrator: socializar e reintegrar ao convívio social. Inobstante, silenciam quanto aos interesses dos vitimados. Ostentam, assim, um argumento que favorece o encaminhamento dos vitimados para a pobreza e a marginalização. Portanto, são inaptas não somente para uma política criminal humanitária, mas para o próprio paradigma emergente assente nos valores como os da inclusão, da paz jurídica e social, e da dignidade da pessoa humana.

Registram-se, também, as teorias da concertação infrator-vítima, cujos adeptos advogam em favor da pena como instrumento por meio do qual se pode alcançar maior concertação possível entre o autor do delito e a vítima, através da reparação de danos materiais ou morais.

Essas teorias, tal como as até aqui evidenciadas, destinam-se, em verdade, aos crimes de fraco potencial ofensivo, como, por exemplo, furtos ou roubos sem emprego da violência física, pelo que têm poucas aspirações nos Delito Rei, nos quais o que está em jogo é a própria cessação da vida humana, bem esse cuja natureza é pública e, por isso, indisponível,

cabendo apenas ao órgão oficioso de representação do Estado, o Ministério Público, dar uma resposta satisfatória, aos olhos da sociedade, sobre o delito.

Outro modelo não menos importante é o da compensação autor-vítima, por meio do qual seus adeptos advogam em favor de uma máxima liberdade para os envolvidos no conflito, o autor e a vítima, para que esses possam ter a oportunidade de firmar um acordo junto à mediação, como dispõe Cláudio do Prado Amaral:

[...] oportunidade de se colocarem em acordo mediante uma via de mediação, isto é, alguém que se interponha entre ofendido e delinquente, com o fim de encontrar uma prestação justa e possível, devida em razão da prática do delito. Com tal medida, seria o processo penal suspenso, ou na hipótese de suspensão não for possível, a pena seria atenuada. (AMARAL, 2002, p. 90).

Desse modo, a ideia vem a ser de dar máxima liberdade para que as partes conflitantes possam negociar o conflito de seus interesses, podendo em comum acordo nomearem um árbitro, que, nos termos da vontade expressa por aquelas, irá arbitrar a justa compensação de danos.

Em se nomeando o árbitro, e este conseguindo arbitrar o *quantum* justo da compensação de danos *in pecunia*, sendo esta satisfeita pelo infrator à vítima, o conflito é dado por superado e o *persecutio* criminal fica suspenso. Se, porém, satisfeito o referido *quantum* indenitário pelo infrator, mas esse ato não tiver o condão de suspender o *persecutio* criminal, aquele deve ver-lhe atenuada a pena.

Esse modelo, com efeito, trilha parcialmente no paradigma de gestão do conflito criminal emergente, pois pugna por um *persecutio* penal inclusivo, participativo, e visa, acima de tudo, o atendimento dos interesses de todos os envolvidos no conflito delituoso, principalmente dos vitimados. Na mesma linha de pensamento, explana-se que:

A reparação e o acordo de compensação entre autor e a vítima transformam o processo penal de uma situação bilateral em outra trilateral. Isso quer dizer que, no Processo Penal bilateral, o procedimento desenvolvia-se entre o Estado e o imputado. A vítima não tinha um papel processual independente; quando muito, aparecia como testemunha. Já no Processo Penal trilateral, a vítima há de ter uma atuação relevante, será uma parte co-atuante na solução social do problema. (SANTANA, 2010. p. 74).

Essa nova visão do *persecutio* penal representa ganho maior para a pessoa da vítima ou sua família e dependentes, uma vez que terão ela/eles a oportunidade para expressar a forma como experimentou o dano, acompanhar o que está sendo decidido em seu nome e ver-lhe reparado minimamente o dano.

Apesar desse ganho maior para a pessoa da vítima, esse modelo, por si só, não satisfaz à condição para o enfoque desta proposta, haja vista que seu objeto é de natureza pública e,

por isso, seu *quantum* justo *in pecunia* ou assistencial deve ser obrigatoriamente arbitrado, como logo se vera, pelo Estado-Juiz.

Não há dúvidas também de que o foco das teorias da concertação infrator-vítima está demasiadamente concentrado no infrator, sendo apenas de forma mediata que beneficia a pessoa da vítima, sem perder de vista que essa visão de *persecutio* penal não deixa transparecer, inequivocamente, a forma como a relação tridimensional pode contribuir para a obtenção da paz jurídica e social, pelo que emerge a necessidade de discorrermos sobre mais teorias.

Nessa perspectiva, seguem-se as teorias mistas ou unificadoras, que congregam as doutrinas da prevenção geral e as da prevenção especial ou individual. Essas teorias se subdividem em uma onde reentra o cunho retributivo e outra de prevenção integral (ROXIN, 1997)⁶⁸.

Para os adeptos das teorias de cunho retributivo, a finalidade da pena retributiva deve ser combinada com a da prevenção geral e especial. Ao passo que os de prevenção integral entendem que a combinação ou a unificação das finalidades da pena só pode ocorrer em nível da prevenção geral ou especial, excluindo-se, desse âmbito, qualquer ressonância retributiva, expiatória ou compensatória.

A negação da retribuição como fim da pena pela teoria mista ou unificadora de cunho retributivo e a negação da compensação de danos como finalidade da pena pela teoria mista ou unificadora de prevenção integral constituem, portanto, a nota distintiva entre ambas as teorias.

É também com base nessa negação da retributiva e da compensação de danos como fins da pena, que sustentamos a inaptidão dessas teorias para fundamentarem a finalidade da pena em uma época de responsabilização e de efetivação dos direitos fundamentais ou para o atendimento dos interesses de todos os sujeitos da relação jurídica no âmbito do Delito Rei.

⁶⁸ Cláus Roxin. *Derecho Penal*. Parte Geral. Tomo 1. Fundamentos. La Estructura de la teoría del delito. 2ª ed. Trad.: Diego-Manuel Luzón Pena. Lisboa: Civitas S.A., 1997, p. 93 a 95 – “Las teorías unificadoras retributivas: consisten en una combinación de las concepciones discutidas hasta ahora. Consideración de la retribución, la prevención especial y la prevención general como fines de la pena que se persiguen simultáneamente, así y todo, el fin retributivo tenta originariamente la función absolutamente dominante. Lo decisivo es... en primer lugar la necesidad de expiación, el fin retributivo de la pena, aunque junto a ello también el fin intimidatorio. Los otros fines de la pena el de corrección y el de aseguramiento, pasan frente a aquel a un segundo plano. La teoría unificadora preventiva: el fin exclusivamente preventivo de la pena: el fin de la pena sólo puede ser de tipo preventivo. Puesto que las normas penales sólo están justificadas cuando tienden a la protección de la libertad individual y a un orden social que está a su servicio, también la pena concreta sólo puede perseguir esto es decir, un fin preventivo del delito. De ello resulta además que la prevención especial y la prevención general debén figurar conjuntamente como fines de la pena. La prevención simultánea del fin preventivo general y especial no es problemático. Pues el fin preventivo de la pena también persiste cuando no se requiere una prevención desde todos los puntos de vista al mismo tempo”.

Convêm sublinhemos, desde já, que uma teoria somente pode ser apta para fundamentar os fins da pena, se pautar-se pela efetivação dos direitos fundamentais ou dos interesses de todos os envolvidos no conflito criminal, principalmente os interesses dos vitimados necessitados.

Em razão disso conclui-se, também, que todas as doutrinas ou teorias até aqui evidenciadas, por si só, denotam-se bastante limitadas para fundamentar os fins da pena no âmbito do Delito Rei, sendo somente a congregação de uma ou mais teorias que poderá satisfazer à condição ao paradigma assente nos valores como os da inclusão, da paz jurídica e social, e da dignidade da pessoa humana, e pugna pela responsabilização e efetivação dos direitos fundamentais do vitimado ou dos interesses de todos os envolvidos no conflito criminal e, por consequência, a materialização do direito justo.

Por direito justo entende-se, aqui, o direito que mitiga o sofrimento, a dor da alma e restaura a vida saudável e digna (os interesses do vitimado), renova e reforça a vigência da norma penal lesionada e o princípio ético deontológico da dignidade da pessoa humana, o qual informa e fundamenta a ordem jurídica democraticamente instituída (os interesses do Estado), contorna a perturbação da paz social (os interesses da sociedade) e abre as portas para a superação do conflito com maior consistência, bem como facilita a reinserção social do infrator de forma mais segura.

A materialização do direito justo aparenta aproximar-se, dessa forma, a “proposta terceira”, por meio da qual seus adeptos propugnam por uma reparação que configure como autêntica resposta ao delito, podendo mesmo ser a única resposta, ao lado da pena e da medida de segurança, como reporta Selma Pereira de Santana:

A reparação deve constituir uma “terceira via” do Direito Penal, ao lado da pena e da medida de segurança. A reparação substituiria ou atenuaria a pena naqueles casos nos quais convenha, tão bem ou melhor, aos fins da pena e às necessidades da vítima. A inclusão no sistema penal, sancionador da indenização material e imaterial da vítima, significa que o Direito Penal se afasta da ideia abstrata e aproxima-se da realidade social. (SANTANA, 2010, p. 72).

Essa perspectiva reparatória, porém, revela também preocupar-se mais com a pessoa do infrator do que propriamente da vítima, sendo somente de forma mediata que beneficia esta última. Portanto, por si só, é deficitária, principalmente para uma política criminal que pugne pelo tratamento igualitário de todos os envolvidos no conflito criminal. Fora disso, admitimo-la.

Destaca, ainda, a proposta “reparação como consequência jurídica penal do delito”, por meio da qual seus adeptos logram pela indissociabilidade entre a reparação e as consequências jurídicas penais, conforme leciona Cláudio do Prado Amaral:

Para esta perspectiva, se admitem maior parte das conexões existentes entre a reparação e as consequências jurídica-penais; a reparação, assim, pode ser tida em conta, por um lado, no âmbito da fixação da pena em sentido estrito, isto é, entre os fatores ou circunstância que devem ser levados em consideração para concretizar e fixar a pena: a resposta ao delito como pena, que a consequência jurídica específica do direito penal; a atividade do autor do delito repercute na intensidade da reparação penal, isto é, favorece em primeiro lugar, ao próprio autor, pois em torno dele gira o direito penal, e só de forma mediata pressupõe uma ajuda à vítima. (AMARAL, 2002, p. 89).

A reparação seria, assim, resposta única para o delito, haja vista que seu conteúdo material coincidiria com o da responsabilidade civil derivada do delito. Portanto, caso o infrator reparasse completamente as consequências do delito antes do início do *persecutio* penal, renunciaria à pena a ser-lhe imputada.

Essa perspectiva, mesmo sendo eficiente, não passa também de uma visão monolítica do *persecutio* penal, com o foco demasiadamente concentrado no infrator, pois a atividade reparatória favorece, em primeiro lugar, a ele mesmo, sendo apenas de forma mediata benéfica à vítima.

Deve-se pontuar, ainda, que essa perspectiva pode representar um risco maior para o *persecutio* penal, na medida em que esse pode se transformar em um simples procedimento de mercancia, onde os infratores econômica e financeiramente mais fortes, sempre que praticassem barbáries em face das vítimas carenciadas ou vulneráveis, simplesmente optam pela reparação do dano, ou seja, pela compra das mágoas ou da dor da alma às vítimas, para se livrar da apenação.

Destaca-se, também, a proposta “reparação como consequência jurídica autônoma”, por meio da qual seus adeptos apregoam pela dissociação entre a reparação civil e a de natureza penal. Assim, pois, denota Cláudio do Prado Amaral que:

Uma vê a reparação como terceira via, isto é, a reparação civil e a pena diferenciam-se epistemológica e funcionalmente, até o ponto de a reparação consubstanciar-se em autêntica resposta ao delito, podendo mesmo, ser a única resposta. Uma outra posição vê a reparação do dano verdadeira pena. Há ainda uma terceira posição, que inclina-se no sentido da chamada “*restorative justice*”, onde a conciliação vítima delinquente é um substantivo dentro do sistema punitivo. (AMARAL, 2002, p. 90).

Essa proposta, como se nota, congrega as duas teorias anteriormente evidenciadas e denuncia outra teoria, a *restorative justice*, isto é, a justiça restaurativa, por meio da qual seus adeptos advogam não só pela inclusão de todos os sujeitos da relação jurídica delituosa (autor, Estado/sociedade e vítima) no *persecutio* penal, mas pela devolução do direito de palavra,

para que todos eles possam expressar a forma como experimentaram a ofensa e suas consequências, bem como de traçar as formas para sua recuperação.

A *restorative justice*, portanto, amolda-se ao paradigma assente no ideário da promoção de valores como os da inclusão, da paz jurídica e social, e da dignidade da pessoa humana, e que pugna pela responsabilização e efetivação dos direitos fundamentais de todos os envolvidos no conflito delituoso criminal.

Segue-se, também, a teoria “reparação como pena”, através da qual seus adeptos logram pela necessidade de uma reparação de dano revelar-se na própria sanção penal a ser proferida no juízo penal, para que o infrator tenha consciência do quanto sua conduta nociva prejudicou a vítima, como pontua Cláudio do Prado Amaral, para quem, “já no processo em que se obtém a reparação é ocasionado o efeito no autor do fato de tomar consciência de seu atuar antijurídico, o que produz uma reinserção social quase imediata, em contrapartida, a pena privativa de liberdade conduz a inegáveis efeitos de dessocialização”. (AMARAL, 2002, p. 92).

Baseando-se nessa teoria, o Estado-Juiz estaria obrigado a definir, dentro da sentença condenatória transitada em julgado, o justo *quantum* indenitário de danos *in pecunia* em benefício da vítima, pelo que descabe a necessidade de concluir o feito no juízo cível.

Com efeito, o *persecutio* penal, além de mais célere, se transformaria em mecanismo capaz de mitigar o longo sofrimento a que as vítimas estão expostas e atenuar as mágoas no ambiente afetado pelo crime, como também encurtaria o período de retorno do infrator ao convívio social.

Chegando-se a esse ponto, apenas nos resta anunciar o modelo desta proposta, o qual congrega as teorias da reparação como consequência jurídica penal, da consequência jurídica autônoma, principalmente na sua vertente *restorative justice*, e as da reparação como pena, respetivamente, isto é, a reparação civil *ex delicto* como fator restaurativo.

Esse modelo, isto é, da reparação civil *ex delicto* como fator restaurativo, embora não estando imune às objeções, representa um *plus* em relação a uma visão monolítica de *persecutio* penal, com o foco demasiadamente concentrado na pessoa do infrator, para punir, ressocializar e reintegrar ao convívio social, que apenas de forma mediata é benéfica para a pessoa da vítima e a sociedade como um todo, para uma visão onde a responsabilidade objetiva do infrator já vem definida com a respectiva sentença criminal, na condição de efeito da condenação, que se convola em título executivo judicial após o trânsito em julgado.

É um modelo onde o Estado-Juiz está obrigado a decidir sobre o crime e a reparação civil *ex delicto*, mediante a interpretação de uma única ação para as duas prestações sob sua alçada formulada.

A obrigação é do Estado-Juiz, pois a reparação civil *ex delicto*, principalmente, no âmbito do Delito Rei, visa à satisfação de um interesse cuja natureza é pública e não meramente da esfera privada da vítima ou dos vitimados necessitados.

Esta reparação difere também da indenização civil por danos, pois emerge das consequências de uma lesão com elementos do crime em face de um bem jurídico axiologicamente fundamental para a preservação da espécie humana, a “vida”. Portanto, é uma reparação de natureza pública, pelo que deve ser satisfeita apenas no juízo penal.

Discorrendo, ainda, sobre o modelo de reparação civil *ex delicto* como fator restaurativo, pontua-se que esse não visa apenas à responsabilização de quem deu origem ou materializou o evento delituoso – o infrator –, valendo-se de recursos outros à punição e à sua estigmatização, mas também possibilitar a inclusão e a satisfação dos interesses de todos os envolvidos no conflito criminal, principalmente os do vitimado, como forma de propiciar condições para que as mágoas possam ser curadas e a convivência pacífica afetada pelo delito possa ser resgatada.

Acreditamos, pois, que uma resposta jurídica penal, desde que observado o crivo da legalidade, da igualdade, do devido processo legal em seu sentido amplo e da dignidade da pessoa humana, não só renova e reforça a vigência da norma jurídica penal ou constitucional lesada, mas facilita a superação do conflito, possibilitando a recuperação e reintegração do infrator ao convívio social. Aliás, curados, dentro do possível, todos os males, não restará outra via senão a da pacificação social. (PALERMO, 2010)⁶⁹.

É nesse contexto da pacificação jurídica e social, portanto, que a reparação civil *ex delicto* reafirma seu ponto como mecanismo jurídico eficaz para a materialização do direito justo no sentido do que é legítimo, isto é, o direito que mitiga o sofrimento, a dor da alma e restaura a vida saudável e digna (os interesses do vitimado), renova e reforça a vigência da

⁶⁹ Pablo Galain Palermo. *La reparación del dano a la víctima del delito*. Valencia – Espanha: Tirant lio Blanch, 2010, p. 332 - 335 – “*la reparación es un instrumento de pacificación social que no se orienta en una dirección, siendo al mismo tiempo tan provechosa para la víctima como para el autor, pues a través de esta se obtiene tanto la (re)socialización del beneficiário como la oferente. Como contrapartida del derecho de la víctima, la reparación que sirve a los efectos resocializadores de ambos protagonistas del delito no puede – cuando se trata de determinar su naturaleza e graduación – lesionar la dignidad del delincuente ni las reglas de la proporcionalidad. [...] la reparación se convierte en un instrumento de pacificación social que, trasladado al sistema penal, favorece la interacción entre el autor y la víctima, al mismo tiempo que no permite desvincular la consecuencia jurídica del delito, de la situación del ofendido, facilitando al autor la comprensión de las consecuencias sociales que provoca el injusto [...]*”.

norma penal lesionada e o princípio ético deontológico da dignidade da pessoa humana, o qual informa e fundamenta a ordem jurídica democraticamente instituída (os interesses do Estado), contorna a perturbação da paz social (os interesses da sociedade), bem como possibilita a reintegração do infrator ao convívio social com maior segurança. Chega-se, desse modo, à verdadeira função da reparação civil *ex delicto* no Estado Democrático: a restauração da paz jurídica e social.

Em suma, para a obtenção da paz jurídica e social, é necessária a renúncia a uma visão de *persecutio* penal com foco demasiadamente centrado no infrator, para intimidar, ressocializar ou reintegrar ao convívio social, em prol de uma visão democrática, da inclusão, da paz jurídica e social, e da dignidade da pessoa humana, bem como da efetivação dos direitos fundamentais de todos os envolvidos no conflito criminal.

5. REPARAÇÃO CIVIL *EX DELICTO* COMO DIREITO FUNDAMENTAL

5.1 A reparação civil *ex delicto* e o Direito Fundamental

A reparação civil *ex delicto* tira seu fundamento material do princípio ético e deontológico da dignidade da pessoa humana. Não se trata, portanto, de uma mera faculdade, mas de um direito fundamental (Alexy, 2008)⁷⁰, que congrega valores e objetivos a serem alcançados pelo Poder Público, implicando, para este, uma postura firme no sentido de proteger e promover sua vigência, bem como de remover quaisquer situações que possam comprometer a sua realização.

Dizer a reparação civil *ex delicto* é direito fundamental, implica que ela, a reparação, mune todos os efeitos éticos e deontológicos característicos dos direitos fundamentais e, por isso mesmo, passível, como se verá, de aplicabilidade imediata e direta, ou seja, tem aptidão para produzir os seus efeitos jurídicos.

Discorrer sobre os efeitos éticos e deontológicos dos direitos fundamentais importa, *a priori*, assinalar que, modernamente, não são fundamentais apenas os direitos expressos em uma norma suprema (aspecto formal), mas a expressão jurídica de um sistema de valores, os quais se situam juntamente com aqueles que norteiam e sustentam a ordem jurídica democrática instituída (aspecto substancial), como adverte George Marmelstein:

Direitos fundamentais são pretensões subjetivas, exigíveis na via judicial, independentemente de qualquer regulamentação no texto constitucional, cabendo ao Poder Público, em todas as suas esferas, adotar medidas de respeito, proteção e promoção para que o direito fundamental seja efetivado da melhor maneira possível. (MERMELSTEIN, 2008, p. 327).

Dessa forma, pois, o aspecto formal, por si só, é bastante deficitário para sustentar a configuração do constitucionalismo moderno, o neoconstitucionalista, em que são os valores e princípios que alicerçam e sustentam o senso jurídico. (ALEXY, 2008)⁷¹. Daí que nutre importância, portanto, o critério material. Nessa linha, sublinha-se, que:

⁷⁰ Robert Alexy. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad.: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. p. 66, 78. – “Direitos fundamentais são apenas aqueles direitos que constituem o fundamento do próprio Estado e que, por isso e como tal, são reconhecidos pela Constituição. Os direitos fundamentais são garantias de proteção, substancialmente conformadas, de determinados complexos de ações, organizações e matérias, individuais e sociais”.

⁷¹ Robert Alexy. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad.: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 520 a 522 – “O significado das normas de direitos fundamentais para o sistema jurídico é o resultado da soma de dois fatores: da sua fundamentalidade formal e da sua fundamentalidade substancial. A fundamentalidade das normas de direitos fundamentais decorre da sua posição no ápice da estrutura escalonada do ordenamento jurídico, como direitos que vinculam diretamente o Legislador, o Poder Executivo e o Poder Judiciário. O significado disso pode ser percebido a partir da contraposição entre dois modelos constitucionais

Direitos fundamentais em sentido formal – aquelas posições jurídicas da pessoa – na sua dimensão individual, coletiva ou social – que, por decisão expressa do Legislador-Constituinte foram consagrados no catálogo dos direitos fundamentais (aqui considerados em sentido amplo). Direitos fundamentais em sentido material são aqueles que, apesar de se encontrarem fora do catálogo, por seu conteúdo e por sua importância podem ser equiparados aos direitos formalmente (e materialmente) fundamentais. (SARLET, 2012, p. 80).

Efetivamente, são fundamentais os direitos expressos em uma norma suprema, como os são aqueles direitos cujo conteúdo e fundamento estão subentendidos nessa norma ou nos princípios que a informam, ou, ainda, fundamentam, os assim chamados direitos implícitos, inclusive os decorrentes de tratados internacionais ratificados pelo Estado signatário.

Eis que emerge, também, a necessidade do recurso ao processo hermenêutico, principalmente quando a situação emergente versa sobre os assim chamados direitos fundamentais implícitos, a fim de limitar-lhes o âmbito de incidência concreto. Para efeito, devem-se analisar todos os princípios que informam e fundamentam a ordem jurídica constitucional, os direitos constantes no catálogo dos direitos fundamentais e a extensão dos mesmos à expectativa de direito emergente a ser exercível *in concreto*. Essa opinião é partilhada por Ingo Wolfgang Sarlet, para quem:

Abertura material do sistema dos direitos fundamentais, que, de resto, reclama a identificação de um conceito material dos direitos fundamentais. Exige um regime jurídico-constitucional privilegiado e em princípio equivalente ao regime dos direitos fundamentais expressamente consagrados como tais pelo constituinte. (SARLET, 2012, p. 81).

Pelo critério material extrai-se, portanto, o conteúdo normativo do direito fundamental ou aquilo que nele já se podia deduzir. Já o critério formal é só observar e aplicar o que já está claro. Por esse critério, o Poder Público não precisa recorrer ao processo hermenêutico para desvendar o conteúdo da norma jurídica aplicável *in concreto*. Ao passo que naquele, o Poder Público fica, necessariamente, dependente de tal recurso.

Além do critério formal e material, sobressai, ainda, uma dupla dimensão dos direitos fundamentais: a dimensão subjetiva e a objetiva. Essa, haja vista que as normas dos direitos fundamentais expressam valores objetivos que se irradiam à ordem jurídica que se dirige ao Poder Público, isto é, a Administração, o Legislador e o Poder Judiciário, e suas diretivas de atuação em face dos direitos fundamentais. Sobre isso, afirma Marcos Sampaio que:

externos: o puramente procedimental e o puramente material. No puramente procedimental, a Constituição contém apenas normas de organização e procedimento. Uma Constituição puramente procedimental pode ter apenas uma influência direta no conteúdo daquilo que se torna direito positivo. O oposto de um modelo puramente procedimental e o modelo puramente material. Nesse modelo a Constituição contém apenas normas materiais, a partir das quais pode ser derivado o conteúdo de qualquer norma do sistema jurídico, por meio de um método jurídico operacional qualquer. A fundamentalidade formal soma-se a fundamentalidade substancial. Direitos fundamentais e normas de direitos fundamentais são fundamentalmente substanciais porque, com eles, são tomadas decisões sobre a estrutura básica normativa do Estado e da sociedade”.

Os direitos fundamentais em sua perspectiva objetiva têm a função de sistematizar o conteúdo axiológico objetivo do ordenamento democrático ao que a maioria dos cidadãos presta seu consentimento e consideram seu dever obediência ao direito. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais conecta-se com a ideia de que os direitos fundamentais devem ser exercidos no âmbito da vida comunitária, já que aspira a uma liberdade social, e não a liberdade anárquica, porque as necessidades da sociedade são relevantes para a conformação do âmbito de validade dos direitos fundamentais, a justificar restrições a estes, mas desde que respeitado o seu núcleo essencial. (SAMPAIO, 2013, p. 62-67).

Pela dimensão objetiva, portanto, o Poder Público não deve apenas obedecer às normas e valores salvaguardados pela ordem jurídica instituída, mas se pautar sempre pelos conteúdos que delas se pode extrair. A dimensão subjetiva, porém, significa que os direitos fundamentais representam garantias subjetivas individuais essenciais à proteção do ser humano. Por isso, Marcos Sampaio aduz que:

O reconhecimento de um direito subjetivo está visceralmente ligado à proteção de determinada possibilidade concreta conferida a alguém de poder exigir ou pretender comportamentos ou de produzir automaticamente efeitos jurídicos. A dimensão subjetiva dos direitos representaria a liberdade protegida de atuar ou uma prestação protegida para exigir uma conduta alheia ou, ainda, uma imunidade que libera o indivíduo do cumprimento de uma potestade de outrem. A dimensão subjetiva titulariza o sujeito isoladamente, reforçando-o em face de outros sujeitos, ainda que majoritários. A figura dos direitos subjetivos representa um poder ou uma faculdade que dispõe o indivíduo para alcançar a realização efetiva de interesses reconhecidos pela norma jurídica. (SAMPAIO, 2013, p. 71-72).

Como se constata, a dimensão subjetiva traduz a legitimidade do titular de um direito fundamental incomodado ou comprometido para reivindicá-lo, singularmente, no juízo competente.

Portanto, quando o Poder Público está em sua obrigação de dar máxima efetividade aos direitos fundamentais ou ao conteúdo neles subentendido, observa-se a dimensão objetiva. Já quando o cidadão se sentir incomodado ou comprometido em seu direito fundamental, seja por ato ilícito de terceiro ou do Poder Público, e está legitimado, ele próprio ou pelo seu representante legal, a reivindicá-lo junto ao juízo competente, a fim de restaurar sua vigência ou torná-lo exercitável, nota-se a dimensão subjetiva.

A diferença que se pode extrair entre as duas dimensões dos direitos fundamentais, a objetiva e a subjetiva, é que, nesta, o interesse do cidadão necessitado deve ser postulado em face do Poder Público, sendo este obrigado, dentro dos limites legais, a efetivar a demanda sob sua alçada requerida. Já aquela objetiva preservar a força vinculante da ordem constitucional e atua como princípio conformador do Estado.

Cumprido anotar, aqui, que a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais não se trata de uma prerrogativa qualquer, mas uma prerrogativa que a ordem jurídica democraticamente instituída reconhece como tal para a realização dos interesses particulares do cidadão, pelo

que deve nortear e direcionar a relação entre este e o Poder Público, bem como ser respeitado por este último.

Retroagindo ao âmbito da reparação civil *ex delicto*, a dimensão objetiva, implica que o Poder Público está em sua obrigação de conferir máxima efetividade à reparatória ou remover quaisquer obstáculos que possam comprometer a sua efetividade. Já a dimensão subjetiva significa que, em caso de o Poder Público não levar a efeito tal efetividade ou sequer remover os obstáculos que possam comprometer essa efetividade, o vitimado necessitado, ou o seu representante legal, estará legitimado a reivindicá-lo judicialmente.

Dessa forma, percebe-se, que o destinatário da dimensão objetiva do direito fundamental à reparação civil *ex delicto* é o Poder Público, por isso, apenas deve agir ou deixar de agir em função de conferir máxima efetividade à reparatória, em benefício do vitimado necessitado, isto é, via *status* negativo. Enquanto que o destinatário da dimensão subjetiva do direito fundamental à reparação civil *ex delicto* é o próprio vitimado necessitado, que está legitimado a agir, em caso de o Poder Público não levar a efeito a reparação de forma espontânea, sendo essa legitimidade de agir oponível *erga omnes*, isto é, via *status* positivo.

Se inerte o Poder Público, ou declina à vigência da reparação civil *ex delicto*, sendo essa inércia ou declinação reclamada pelo vitimado necessitado ou seu representante legal junto ao juízo competente, e, por conseguinte, constatando esse órgão judicial que o argumento oferecido pelo Poder Público para sustentar a não efetividade da reparatória é bastante vulnerável, deve anular o ato e expedir mandado competente em benefício do vitimado necessitado.

Porém, se o argumento oferecido pelo Poder Público para sustentar a não efetividade da reparatória em benefício do necessitado é relativamente deficitário, no que se diz menos coerente, abrem-se as portas para as análises da justa medida, isto é, a proporcionalidade em sua tripla dimensão.

Cabe pontuar, ainda, que o Poder Público, ou a pessoa jurídica nessa função, não deve se contentar apenas em assumir uma postura ativa para tornar realizável o direito fundamental do cidadão, mas fazer com que essa realização constitua o motivo de felicidade para todos os partícipes da vida em comunhão, isto é, ao bem-estar social. Chega-se, assim, a uma dimensão social dos direitos fundamentais.

Pela dimensão social, pois, qualquer intervenção do Poder Público em face dos direitos fundamentais, ao mesmo tempo em que benéfica para o titular do direito, o cidadão singularmente, deve constituir, aos olhos da sociedade, isto é, do ponto de vista da moral

pública vigente, o motivo de felicidade para todos os partícipes da vida em comunhão, inclusive dele próprio, o Poder Público. Perfilando o mesmo entendimento, Marcos Sampaio pontua:

A função social visa coibir as deformações de ordem jurídica ocasionadas pelo uso intensamente individual do direito, impedindo que o detentor do direito fundamental se encaixe numa posição que o isole da comunidade. Fruição dos direitos fundamentais também deve estar condicionada ao bem-estar coletivo. Os direitos fundamentais devem ser vistos, ao mesmo tempo, na perspectiva individual, mas também no compromisso que possuem de realizar as chamadas tarefas sociais. Pela compreensão da função social combate-se a chamada *usage antefunctionnel de droit*, já que o conteúdo do direito é determinado, também, por meio de sua função ético-jurídica e social, como anota Haberle, para quem, como consequência, um exercício de direito contrário a função social não está coberto pelo conteúdo do próprio direito considerado. Do reconhecimento da função social dos direitos fundamentais decorrerão duas relevantes consequências ao tema do conteúdo essencial dos direitos fundamentais. A primeira consiste na determinação do chamado limite imanente dos direitos subjetivos. A segunda diz respeito à vinculação material do legislador no âmbito dos direitos fundamentais que impõe um limite, que é o mesmo do indivíduo, por meio dos direitos fundamentais, assegurar o chamado funcionamento global da sociedade. (SAMPAIO, 2013, p. 57-59).

Naturalmente, para que uma intervenção do Poder Público em face dos direitos fundamentais possa ser legítima, a mesma deve se demonstrar, à luz da moral pública vigente, benéfica para o titular do direito sancionado em concreto e para a sociedade.

A função social dos direitos fundamentais torna clarividente, e como nunca, quando retroagimos os olhares à reparação civil *ex delicto*, que não visa somente à restauração de uma existência digna do vitimado necessitado, mas imunizá-lo da extrema pobreza e da marginalização, isto é, dito da melhor forma, corrigir uma iminente deformação social.

A dimensão social, nesse âmbito, isto é, da reparação civil *ex delicto*, implica que a reparação não se deve constituir em enriquecimento ilícito, sequer deve ser revertida em proveito ou em atendimento apenas aos interesses do vitimado necessitado, mas deve ser proveitosa para todos os sujeitos da relação jurídica do Delito Rei, pelo que se enseja, necessariamente, a harmonização dos benefícios trazidos pela mesma com os anseios da sociedade.

Isso, todavia, não significa deslegitimar o vitimado de seu direito de haver-lhe sido reparado integralmente ou por exclusivo os prejuízos que haja suportado em decorrência da materialidade do delito, mas exige-se, acima de tudo, que os benefícios da reparação sejam compartilhados, de certa forma, pela sociedade como um todo, no sentido de corrigir algumas deformações sociais.

Com isso, inibe não somente as situações de benefícios discriminatórias ou desnecessárias que podem ser devidas pelo o Estado ou seus agentes, mas que os interesses

egoístas do vitimado necessitado venham a se sobrepor aos dos demais partícipes da vida em comunhão.

Essa preocupação, pois, a reparação civil *ex delicto* no âmbito do Delito Rei, não é um interesse que diz respeito apenas à esfera privada do vitimado, mas da sociedade, ou seja, é um interesse público.

Registra-se, ainda, uma função de defesa dos direitos fundamentais, por meio da qual se inibe ao Poder Público, ou a pessoas jurídicas investidas nessa função, que adotem opções políticas ou decisões ilegítimas, que comprometam ou vulnerem os direitos da esfera da liberdade do cidadão, conforme ilustra Marco Sampaio:

Os direitos fundamentais cumprem a função de defesa quando proíbem aos poderes públicos a ingerência sobre a esfera jurídica do indivíduo, estabelecendo normas de competência negativa, ou quando permitem o sujeito exercer positivamente direitos fundamentais, as chamadas liberdades positivas, ou exigir omissão dos poderes públicos, de forma a evitar agressões a si, são as chamadas liberdades negativas. (SAMPAIO, 2013, p. 48).

Como ilustrado, a função de defesa dos direitos fundamentais implica que o Poder Público está em sua obrigação de não impedir ou obstaculizar determinadas ações do titular do direito fundamental, bem como de agir para remover quaisquer obstáculos que possam comprometer a sua realização ou abster-se de quaisquer condutas atentatórias ao exercício regular de tal direito (ALEXY, 2008)⁷².

Isso significa que no âmbito do direito fundamental à reparação civil *ex delicto*, a função de defesa inibe o Poder Público de adotar medidas ou decisões ilegítimas que venham a comprometer a reparatória em benefício do vitimado necessitado.

Seja como for, em caso de inobservância ou desrespeito ao direito fundamental à reparação civil *ex delicto*, seja pelo Poder Público ou pelo particular, ou, ainda, pelo infrator, este na medida em que pode se subtrair da obrigação de reparar o dano, nasce para o vitimado necessitado, ou seu representante legal, a legitimidade para sindicá-la judicialmente, devendo o Estado-juiz, mediante a prova de que dispõe e a lei, fazer prevalecer somente a vontade da Constituição, como bem alerta Dirley Da Cunha Júnior:

Os direitos de defesa são aqueles que demarcam um âmbito de proteção do indivíduo, pondo-o a salvo qualquer investida abusiva por parte do Estado. Criam, assim, verdadeiras *prestações subjetivas* que outorgam ao sujeito o poder de exercer

⁷² Robert Alexy. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad.: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 433 – “De acordo com a interpretação liberal clássica, direitos fundamentais são destinados, em primeira instância a proteger a esfera da liberdade do indivíduo contra a intervenção dos Poderes Públicos; eles são direitos de defesa do cidadão contra o Estado. Direitos de defesa do cidadão contra o Estado são direitos a ações negativas (abstenções) do Estado. Eles pertencem ao *status negativo*, mas precisamente *status negativo* em sentido amplo. Seu contraponto são direitos a uma ação positiva do Estado, que pertencem ao *status positivo*, em sentido estrito”.

positivamente os próprios direitos (*liberdade positiva*) e de exigir omissões dos poderes estatais e de particulares, de modo a evitar agressões lesivas por parte destes (*liberdade negativa*). Esses direitos fundamentais, por traduzirem, essencialmente, a exigibilidade de abstenção por parte dos órgãos estatais, não manifestam maiores dificuldades quanto a sua direta e imediata aplicabilidade. (JÚNIOR, 2008, p. 286).

Como se nota, em seu sentido defensivo, o direito fundamental à reparação civil *ex delicto* goza de aplicabilidade imediata. Isso quer significar, pois, que ela tem aptidão para produzir efeitos jurídicos. Portanto, é um direito eficaz.

Segue, ainda, a função prestacional dos direitos fundamentais, por meio da qual se legitima o cidadão a se socorrer dos órgãos públicos, a fim de tornar exercitável ou exequível seu direito fundamental, sendo que esse órgão é obrigado a agir para tornar efetiva a pretensão sob sua alçada requerida, conforme palavras de Dirley da Cunha Júnior:

Os direitos de prestações ou direitos de créditos impõem uma atuação positiva do Estado. Essa atuação estatal, exigida por esses direitos fundamentais, pode referir-se a uma prestação jurídica ou a uma prestação material, conforme o objeto da prestação seja uma atuação normativa do Estado ou uma utilidade concreta (bens ou serviços) a ser proporcionada por ele. (JÚNIOR, 2013, p. 555).

Pela função prestacional dos direitos fundamentais, portanto, o Poder Público está obrigado, dentro do possível, a agir para suprir às necessidades materiais básicas do cidadão necessitado, principalmente as do vitimado, que por ato ilícito de terceiro passa a experimentar situação de necessidade.

Caso o Poder Público se omita a cumprir sua obrigação constitucional de suprir às necessidades básicas do cidadão necessitado, este deve ingressar junto ao juízo competente, a fim de reivindicar tal cumprimento.

Em caso de comprovada pobreza do cidadão necessitado, observa-se que, nessa situação, o Poder Público deverá isentá-lo de taxas ou facultar-lhe um representante legal, o qual irá assisti-lo, auxiliá-lo ou postular, junto ao juízo competente, a prestação de natureza fática.

Entretanto, se a não realização das necessidades básicas do cidadão necessitado incorrer nas hipóteses de omissão constitucional legiferante, também o Poder Público, através de seu órgão legiferante infraconstitucional, estará obrigado a atuar para tornar concreto e exercitável o direito fundamental do necessitado.

Assim, pois, em se tratando do direito fundamental à reparação civil *ex delicto*, a função prestacional, implica, ao mesmo tempo em que defere ao vitimado necessitado o direito de se socorrer do Poder Público ou pessoa jurídica investida nessa função, impõe a estes o dever de agir para que ao máximo torne exercitável ou exequível a reparatória sob suas alçadas requeridas. No mesmo sentido, acentua Dirley da Cunha Júnior que:

Os direitos fundamentais como direitos a prestações são aquelas posições jurídicas que habilitam o indivíduo a exigir do Estado uma *postura ativa*, no sentido de que este coloque à disposição daquele prestação de natureza jurídica ou material, consideradas necessárias para implementar as condições fáticas que permitem o efetivo exercício das liberdades fundamentais. Todos direitos que exprimem uma posição jurídica dirigida a um comportamento ativo por parte do Estado e, conseqüentemente, não se enquadram nas categorias dos direitos de defesa, são direitos fundamentais de prestações. (JÚNIOR, 2008, p. 291).

Desse modo, quando o vitimado necessitado se socorre do Poder Público para que este efetive o seu direito fundamental à reparação civil *ex delicto*, temos a função prestacional. Inversamente, quando o Poder Público, independentemente da provocação do necessitado, vê-se obrigado a não dificultar ou obstaculizar, ou, ainda, a se abster de certas condutas que possam comprometer ou declinar efetividade ao referido direito fundamental, temos a função defensiva.

Cumpra ressaltar que todos os efeitos deontológicos do direito fundamental à reparação civil *ex delicto*, principalmente os da sua dimensão prestacional e defensiva, aplicam-se a quaisquer atos dos órgãos do Poder Público em geral, inclusive ao próprio Estado-juiz, haja vista que, em caso da sua comprovada inércia ou tentativa de dificultar efetividade à reparatória do vitimado necessitado, tal ato será objeto de posterior recurso às instâncias superiores pelo interessado, a fim de restaurar a vigência ou tornar exercitável a reparatória.

Os mesmos efeitos aplicam-se, também, às situações de comprovada omissão do legislador infraconstitucional, que, através da sua competência legiferante conformadora dos direitos fundamentais, está obrigado a tornar concreto ou exercitável o direito fundamental à reparação civil *ex delicto*. Se, portanto, inerte o legislador infraconstitucional, é claro, poderá ser intentado um mandado de injunção pelo interessado.

Segue, também, uma função protetiva dos direitos fundamentais, por meio da qual o cidadão necessitado fica imunizado contra as investidas de terceiros, que possam comprometer o exercício regular de seu direito. Esse entendimento é reafirmado por Dirley da Cunha Júnior, para quem:

Isso implica que reconhecimento constitucional de um direito implica para o Estado, para além do dever de abstenção (função de defesa), o dever de prestação consistente na obrigação de adotar medidas positivas e eficientes, vocacionados a proteger o exercício dos direitos fundamentais perante atividade de terceiros que venham afetá-los. (JÚNIOR, 2013, p. 558).

Essa função, como se nota, abrange várias situações, variando desde a proteção do cidadão contra outro cidadão, no âmbito das normas do direito punitivo; as questões concernentes à reparação civil *ex delicto*, como forma de mitigar o sofrimento, a dor da alma

e restaurar, dentro do possível, a vida digna do vitimado necessitado ante o evento delituoso; o estabelecimento de normas organizacionais e de procedimento; e alcançando até prestações de bens ou serviços propriamente ditos.

A função protetiva, portanto, impõe ao Poder Público o dever de adotar medidas que inibam os particulares de se furtarem à obrigação de reparar o dano, até porque esses também têm o dever ético e jurídico de respeitar os seus semelhantes e as normas democraticamente instituídas.

Já a função de não discriminação, no sentido negativo da palavra, implica a obrigação do Poder Público de tratar todos os cidadãos, inclusive os sujeitos da relação jurídica do Delito Rei, em condições de absoluta igualdade. Sem o crivo da igualdade não há como materializar o direito justo em função das circunstâncias fáticas que a solução de cada evento delituoso exige.

Como vinha sendo consignado, a reparação civil *ex delicto* é direito fundamental que, além de tirar seu fundamento material do princípio ético e deontológico da dignidade da pessoa humana, ou, ainda, congrega valores e objetivos a serem alcançados pelo Poder Público, implicando, para este, uma postura firme no sentido de proteger e promover sua vigência ou de remover quaisquer situações que possam comprometer a sua realização, inclusive, de tratar todos os cidadãos em condições de absoluta igualdade, impõe aos particulares o dever ético e jurídico de respeitarem a esfera de liberdade fundamental dos seus semelhantes, e as normas democraticamente instituídas.

Enfim, indaga-se: a reparação civil *ex delicto* é direito fundamental completo? Para responder a essa indagação, importa analisarmos a relação da reparação civil *ex delicto* com o instituto do mínimo existencial, haja vista que somente essa análise poderá satisfazer à indagação.

5.2 A reparação civil *ex delicto* como mínimo existencial

Reconhecer a reparação civil *ex delicto* como Direito Fundamental implica que uma resposta jurídica penal ou interpretação produzida nesse âmbito somente será legítima se pugnar pela realização do mandamento constitucional de uma existência condigna para o vitimado.

Dessa fundamentalidade do direito à reparação civil *ex delicto* resulta, entre outros efeitos, o seu caráter deontológico e a oponibilidade *erga omnes*, isto é, oponível contra todos

os partícipes da vida em comunhão, inclusive o Poder Público, devendo este tudo fazer para maximizar sua efetividade, bem como inibir e remover o obstáculo que possa comprometer o seu exercício.

Por isso, caso comprovada a inércia do Poder Público para assistir o vitimado ou do infrator em efetivar a reparação civil *ex delicto*, nasce, para o vitimado necessitado, o direito de sindicá-la no juízo competente, de maneira que o Estado-Juiz será obrigado a contornar a situação e expedir um mandado competente, conforme a Constituição.

Desse modo, nada obsta concluir, prematuramente, que a reparação civil *ex delicto* mune todos os efeitos deontológicos de um *jus* fundamental e visa, acima de tudo, a renovação e o reforço de vigência do direito à vida digna. Portanto, é um direito fundamental completo.

O direito fundamental à reparação civil *ex delicto*, por atinar pela renovação e o reforço de vigência do direito à vida digna do cidadão vitimado necessitado, implica, do ponto de vista da *praxe* jurídica, que qualquer resposta produzida no âmbito infraconstitucional, atinente à vida saudável e digna do vitimado necessitado, somente será humanamente justa para este se capaz de contornar o iminente perigo à sua pobreza e/ou à sua marginalização.

Fácil é observar, também, que a verdadeira finalidade da reparação civil *ex delicto* é a garantia de condições materiais e assistenciais básicas indispensáveis, para assegurar ao vitimado necessitado uma vida saudável e digna, em comunhão com demais os membros da sociedade.

É precisamente com o propósito de assegurar ao vitimado necessitado uma vida saudável e digna que nutrem importância as reflexões sobre o mínimo existencial, instituto este intimamente ligado à ideia de remoção da pobreza e da marginalização, situações essas que são de relevo na abordagem sobre a reparação civil *ex delicto* de que dispõe o vitimado do Delito Rei, haja vista a necessidade de restaurar a sua vida condigna ante o evento delituoso.

O mínimo existencial revela-se, desse modo, o conjunto de prestações materiais e assistenciais básicas indispensáveis, para assegurar o cidadão vitimado necessitado uma vida saudável e digna, em comunhão com os demais membros da sociedade, conforme (Nunes Júnior, 2009)⁷³.

⁷³ Vidal Serrano Nunes Júnior. *A Cidadania Social na Constituição de 1988*. Estratégias de Positivação e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais. São Paulo: Verbatim, 2009. P. 70. – “Pensando-se no ser humano como o único dotado de um valor absoluto, não-relativo, a teoria do mínimo vital impõe a preservação material do ser humano, assegurando-lhe condições mínimas para a preservação da vida e para a integração na sociedade, como uma questão prejudicial às políticas públicas a serem desenvolvidas pela governança estatal. Veicula, a bem do rigor, uma espécie de comando implícito, determinando que outras ações só sejam realizadas uma vez

Sempre que o cidadão carecer de condições econômicas e financeiras mínimas para se manter, portanto, torna-se o mínimo existencial o fundamento para se socorrer do órgão do Poder Judiciário, para que este expeça um mandado competente, exigindo do Poder Público que contorne a situação de necessidade daquele, conforme a Carta Magna.

Também, é o mínimo existencial o fundamento para que o vitimado necessitado do Delito Rei, cuja vida digna é comprometida ou subtraída por ato ilícito de terceiro, venha a syndicar o restauro de seu direito fundamental à vida digna ante o evento delituoso.

Nesse contexto do restauro à vida digna, a reparação civil *ex delicto* nutre suma importância, haja vista que possibilita a garantia de condições materiais mínimas, para que o vitimado necessitado possa desfrutar a vida como ser humano dotado de dignidade e, com isso, materializar-se a vontade contida na Carta Magna.

Para isso, tanto o autor da conduta delituosa, como o próprio Estado, em ordem crescente, devem ser chamados à responsabilidade em face do direito fundamental, a vida digna, comprometida ou cerceada pelo delito.

Aqui caberá antes assinalar que o mínimo existencial, tal qual o direito à reparação civil *ex delicto*, é um direito que, pela sua fundamentalidade substancial, independe de uma expressa menção no Texto Magno, pois pode ser deduzido no princípio ético e deontológico da dignidade da pessoa humana, o qual informa e fundamenta a ordem jurídica constitucional instituída.

A boa interpretação e aplicação do *jus* fundamental ao mínimo existencial não significa, portanto, apenas realizar as aspirações do vitimado ou o princípio ético e deontológico da dignidade da pessoa humana, mas materializar os objetivos albergados pela Carta Magna democrática instituída. Nessa linha de pensamento, bem sustenta Ingo Wolfgang Sarlet:

[...] onde não houver o respeito pela vida e pela integridade física do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde a intimidade e a identidade do indivíduo forem objeto de ingerência indevida, onde a sua igualdade relativa aos demais não for garantida, bem como onde não houver limitação do poder, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana, e esta não passará de mero objeto de arbítrio e injustiças. (SARLET, 2012, p. 104).

Em uma sociedade politicamente organizada, no qual o Poder Público sequer consegue garantir um padrão material mínimo para que seus cidadãos necessitados possam desfrutar de vida saudável e digna, não há que se cogitar em um Estado Democrático de Direito, senão um

satisfeitas as necessidades básicas de todas as pessoas que estejam integradas no elemento subjetivo daquele determinado Estado”.

Estado falho de direito, isto é, Estado onde reina o arbítrio, a miséria, a injustiça, entre outras situações degradantes à condição humana ou que comprometam a preservação da própria existência humana. Nesse mesmo sentido, noticia Ingo Wolfgang Sarlet que:

No âmbito brasileiro, assim como se verifica no caso lusitano, verifica-se, em termos gerais, uma adesão a tradição alemã de fundamentar o direito ao mínimo existencial tanto no direito a vida, quanto, em especial, na dignidade da pessoa humana, inclusive vinculá-lo ao livre desenvolvimento da personalidade. De tal sorte que o mínimo existencial abrange não apenas a garantia de sobrevivência física (o que significaria recondução do mínimo existencial a um mínimo vital) quando abarca o que se convencionou designar de um mínimo existencial sociocultural, incluindo, portanto, o direito à educação e, em certa medida, o próprio acesso aos bens culturais. (SARLET, 2012, p. 320).

De fato, não se pode continuar a confundir a garantia de um mínimo para a sobrevivência física, o assim chamado “mínimo vital”, com o mínimo de condições materiais indispensáveis para uma sobrevivência física e desfrute de meios socioculturais – o assim chamado “mínimo sociocultural”.

O assim chamado “mínimo vital” representa um ideário dos países onde os cidadãos destes já gozam de certa qualidade de vida e talvez demonstrando somente carência nas necessidades físicas, como ocorre na Europa ocidental, principalmente na Alemanha.

Já o “mínimo existencial sociocultural” representa um ideário típico dos países periféricos, como os da África, principalmente na Guiné-Bissau, que acusa carência em diversos níveis sociais, sem perder de vista a qualidade de vida extremamente baixa.

Eis também por que esta proposta reclama pela criação de condições materiais básicas indispensáveis, não apenas para uma sobrevivência física do vitimado necessitado, mas para o desfrute da vida sociocultural, em iguais condições com os demais partícipes da vida em comunhão.

Assim sendo, torna-se fácil concluir também que, em um Estado onde nada se fez para suprir as necessidades psicofísicas e sociais dos cidadãos, admitir o modelo minimalista, isto é, de apenas sobrevivência física, constituiria enorme equívoco, haja vista o iminente perigo de encaminhar o vitimado necessitado à situação de miséria. Aliás, simplesmente comer, dormir e levantar por si também já constitui situação desumana.

Portanto, somente garantindo ao vitimado necessitado condições materiais mínimas indispensáveis para a sobrevivência física e o desfrute dos meios culturais disponibilizados pelo Estado a todos os partícipes da vida em comunhão, aquele poderá materializar a sua plena liberdade fundamental.

Inversamente, a falta do desfrute da plena liberdade fundamental constituirá também uma enorme afronta ao princípio da igualdade, da cidadania, inclusive o princípio ético e

deontológico da dignidade da pessoa humana. Enfim, constituiria uma tamanha injustiça social. Este pensamento é perfilado também por Aline da Matta Moreira:

A análise da composição e a extensão do mínimo existencial não se esgotam com a análise da dignidade da pessoa humana. Outros valores como a liberdade, a justiça, a segurança, a igualdade, a solidariedade e a cidadania mostram-se essenciais para a definição do conteúdo do mínimo existencial e para a sua aproximação da realidade social. (MOREIRA, 2011, p. 184).

Evidentemente, sem a observação dos valores supremos, como a liberdade, a justiça, a segurança, a igualdade, a solidariedade e a cidadania, inclusive a justiça social, subentendidos no *jus* fundamental a um mínimo existencial, pelo Poder Público e as instâncias formais de controle ao crime, não há, portanto, direito justo ou legítimo nenhum.

Pela liberdade, implica que o Poder Público está em sua obrigação de remover todos os obstáculos que possam impedir que o vitimado necessitado tenha uma vida saudável e digna, além de facilitar o acesso deste aos meios socioculturais, como também o direito de ir e vir livremente.

Pelo valor justiça, o Poder Público ou Estado-juiz, desde que comprovado o estado da necessidade do vitimado, baseando-se em prova de carência e na Lei, está obrigado a suprir ou a deferir a reparação civil *ex delicto*, para que o vitimado possa minimizar os efeitos da necessidade.

Pelo valor segurança, significa que o vitimado necessitado não ficará à sua sorte, exposto à situação de miséria e de marginalização só pelo fato de não dispor de condições econômicas e financeiras para se manter.

Pela igualdade, nas palavras da Aline da Matta Moreira, significa permitir que todos tenham chances de buscar a realização de interesses comuns e de objetivos pessoais (MOREIRA, 2011, p. 186). Quer isso significar que o vitimado necessitado deve ser investido, em iguais condições, ao desfrute da vida saudável e digna, como os demais partícipes da vida em comunhão.

A solidariedade implica que o vitimado necessitado pode contar com a contribuição ou colaboração dos demais partícipes da vida em comunhão, normalmente representados pelo Estado, a fim de ficar imune à pobreza e à marginalização, isto é, à profunda injustiça social.

A cidadania significa que o vitimado necessitado não deve apenas participar do processo democrático, mas, e principalmente, viver e sentir-se seguro dentro do país que o viu nascer.

Já a justiça social implica que o Poder Público está obrigado a envidar esforço para erradicar à pobreza e à marginalização dos cidadãos vitimados necessitados, quanto reduzir as desigualdades regionais.

Observados todos os valores supremos em evidência, não restará margem de dúvidas a que a reparação civil *ex delicto*, em seu sentido de garantia do mínimo existencial, pugna pelo exercício da cidadania, pela erradicação da pobreza e da marginalização do vitimado necessitado.

Confirme vinhamos sustentando, a reparação civil *ex delicto*, no sentido da garantia do mínimo existencial, está intimamente ligada ao mandamento de uma Constituição Democrática da qual se podem extrair ideias como as do bem-estar social, da solidariedade, de uma sociedade mais justa, livre e com menos desigualdade social, ou seja, a ideia de justiça social, conforme o Art. 25 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948. Lê-se: “Toda pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para assegurar a sua saúde, o seu bem-estar e o de sua família, especialmente para a alimentação, o vestuário, a moradia, a assistência médica e para os serviços sociais necessários”.

A exclusão do cidadão necessitado ao convívio social ou ao desfrute de meios culturais disponíveis, portanto, representa não só uma profunda injustiça social no âmbito interno de um determinado país, mas da ordem jurídica ética universal. Inversamente, a inclusão do cidadão necessitado ao convívio social representa a materialização do direito interno justo, conforme a ordem jurídica universal.

O direito fundamental à reparação civil *ex delicto*, no sentido do mínimo existencial, portanto, deve nortear e direcionar qualquer atuação do Poder Público em face dos direitos como a vida, integridade psicofísica e social do cidadão vitimado necessitado, direitos esses que atinam a protegê-lo e viabilizar a realização da vida condigna.

O dever de os atos do Poder Público tirarem fundamento ou obediência ao direito fundamental à reparação civil *ex delicto* se dá porque ele visa realizar, como se verá, o direito à vida, à integridade psicofísica, inclusive os da personalidade do cidadão vitimado necessitado, direitos esses que são também um dos objetivos fundamentais de uma Constituição democrática, pelo que não sobra ao Poder Público outra opção a não ser a de assumir uma postura positiva ou negativa a fim de conferir máxima efetividade à reparatória.

O Poder Público, ao conferir máxima efetividade à reparação civil *ex delicto*, está garantindo, para o vitimado necessitado, não somente as condições materiais básicas de sobrevivência física ou de desfrute dos meios socioculturais, mas, e principalmente,

minimizar o seu sofrimento, restaurando os prejuízos por ele suportado em decorrência da materialidade do delito e, acima de tudo, livrando-o da própria pobreza e da marginalização, ou seja, corrigindo uma iminente deformação social.

Aqui caberá, acima de tudo, asseverar que é incompreensível que o Estado assegure a vida aos seus cidadãos, sem que forneça elementos para que cada um deles possa se desenvolver a sua personalidade como ser humano dotado de dignidade.

Por outro lado, somente quando o Estado garante ao vitimado necessitado condições materiais mínimas indispensáveis para o desfrute da vida saudável e digna, ou remove quaisquer obstáculos que possam comprometer essa garantia, aquele poderá desenvolver a sua personalidade como o ser humano.

São esses e outros fundamentos que alicerçam também a percepção de que, quando o autor do delito não dispuser de condições econômicas e financeiras para efetivar a reparatória, deve o Estado entrar em ação, assistindo o vitimado, mediante a garantia de um salário mínimo ou mais, conforme a situação. Isto sim, por ser quem se incumbe, constitucionalmente, da gestão do erário público, para garantir a segurança pública e jurídica, bem como de erradicar a pobreza e a marginalização.

Caso a reparação civil *ex delicto* não for levada a efeito espontaneamente pelo Poder Público, haja vista a sua vinculação deste aos direitos fundamentais (SARLET, 2012)⁷⁴, cabe ao vitimado necessitado sindicá-lo judicialmente, como forma de tornar vigente o mandamento constitucional do *jus* fundamental a um mínimo existencial à vida digna.

Porém, se o vitimado necessitado nem sabe ou sequer lhe é informado sobre seu direito a uma reparação civil *ex delicto*, ainda que assistencial, entendemos que o Estado-juiz estará em sua obrigação de arbitrá-lo de ofício. Nesse sentido, assevera Rafael José Nadim de Lazari que:

[...] o estado de necessidade do indivíduo pautado pela miséria, pela pobreza, pela saúde comprometida, pela fome, pelo estado familiar crítico, pela ausência de um lar decente, dentre outros, deve autorizar o magistrado, via ativismo, a invocação do mínimo como salvaguarda última à observância da faixa de subsistência que compõe o instituto. (LAZARI, 2012, p. 103).

⁷⁴ Ingo Wolfgang Sarlet. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 378 – “No que diz com a relação entre os órgãos administração e os direitos fundamentais, [...] a vinculação aos direitos fundamentais significa que os órgãos administrativos devem executar apenas às leis que àqueles sejam conformes, bem como executar estas leis de forma constitucional, isto é, aplicando-as e interpretando-as em conformidades com os direitos fundamentais. A não observância deste postulado poderá, por outro lado, levar a invalidação judicial dos atos administrativos contrários aos direitos fundamentais, problema que diz com o controle jurisdicional dos atos administrativos.”.

Esse ativismo do magistrado se dá, pois é ele, o Estado-juiz, o guardião de uma Constituição democrática e, por isso mesmo, somente a ela, a Constituição, deve obediência.

Caso a Administração Pública se omita a garantir o mínimo existencial para que o cidadão necessitado possa desfrutar de uma vida condigna, o Estado-juiz, dentro das provas que reúne, e conforme a lei, não só deve, como está obrigado a expedir o mandado competente e ordenar àquele órgão para que se retrate da omissão e contorne a situação de necessidade, conforme a vontade contida na Constituição.

Pois, não se pode salvaguardar constitucionalmente uma existência digna para o ser humano, estando este vagando pelas ruas sem alimentação, moradia, assistência médica e bem-estar seu ou de sua família, só pelo fato de ser vítima de um delito que em nada contribuiu para a sua materialidade.

Se, porém, a Administração se omite da sua obrigação constitucional de garantir o mínimo existencial para que o vitimado necessitado possa desfrutar de uma vida condigna e, para piorar, também se encontre inerte o Estado-juiz, como ocorre na praxe jurídica guineense, isso quer significar, sem resquício de dúvidas, que estamos perante um Estado de Direito falho, e não um Estado Democrático de Direito.

Enfim, no Estado Democrático, a reparação civil *ex delicto*, no sentido do mínimo existencial, é garantia e esperança para os vitimados do Delito Rei. Objetiva, precipuamente, garantir-lhes condições materiais básicas indispensáveis para o desfrute de uma vida saudável e digna, conforme os ditames da justiça social.

5.3 A possibilidade de exigibilidade plena e imediata da reparação civil *ex delicto*

A reparação civil *ex delicto* é um direito fundamental que tem por escopo a garantia de condições materiais mínimas indispensáveis, para que o vitimado necessitado possa desfrutar de uma vida saudável e digna, de igual modo aos demais partícipes da vida em comunhão.

Trata-se, naturalmente, de um direito fundamental do qual, devido a sua fundamentalidade material, resultam importantes efeitos jurídicos, entre os quais a sua validade ética e deontológica dentro da ordem jurídica constitucional, sendo esses efeitos que conferem também a sua justiciabilidade.

Esse foi também um dos motivos, senão, a principal, com que sustentamos a obrigação de o Poder Público se submeter ao conteúdo do direito fundamental a reparação civil *ex delicto* e, conseqüentemente, criar condições indispensáveis para que o vitimado possa

denunciar o trauma e prejuízos suportados em decorrência da materialidade do delito, e traçar as formas para a sua recuperação. Enfim, para que as responsabilidades sejam assumidas, as necessidades oriundas da ofensa sejam satisfatoriamente atendidas e curadas.

Para o efeito, o Poder Público deve garantir a participação efetiva do vitimado no *persecutio* penal para que este possa estar habilitado a fiscalizar, de perto, não apenas o que está sendo decidido em seu nome, mas de acompanhar a atuação do Ministério Público na ação pública incondicionada e, em caso da inércia deste órgão acusador de representação do Estado, dar prosseguimento ao feito.

Ainda, deve criar condições para que os vitimados possam obter uma indenização justa e adequada, isto é, um *quantum in pecunio* que corresponda, justamente, ao efetivo prejuízo suportado por aqueles, desde que observado o crivo do contraditório e da ampla defesa.

Para que se configure a justeza na reparação civil *ex delicto*, essa deve refletir, como se viu, a integralidade do dano e prejuízo suportado pelos vitimados em decorrência da materialidade do delito, pelo que devem-se computar, nela, o *quantum* dos danos materiais ou morais, ou cumulativamente, desde que observadas todas as garantias que o processo penal e constitucional moderno assegura os vitimados, entre as quais, a segurança para noticiar os fatos e demonstrar os prejuízos, bem como a ampla defesa.

Computam-se, também, todas e quaisquer espécies de encargos monetários suportados pelo vitimado, conseqüente do andamento regular do processo ou de providências para a liquidação da sentença reparatória e a devida incorporação do referido *quantum in pecunio* no patrimônio do cidadão vitimado necessitado, inclusive o *quantum* dos honorários advocatícios, exceto nas situações em que o Estado faculta àquele, um representante legal e isenta-o de todos os encargos processuais, devendo o justo *quantum in pecunio* da reparação civil *ex delicto* ser prioritário em relação a qualquer ato da fase de execução.

O *quantum* justo da reparação civil *ex delicto*, porém deve ser devidamente atualizado e legitimado com base na justiça material, através da regra de proporcionalidade, pois, somente essa regra, fornece critérios indispensáveis para o contorno dos limites máximos ou mínimos juridicamente necessários, dos atos interventivos do Poder Público em face dos direitos fundamentais dos cidadãos, inclusive dos vitimados necessitados.

Em se tratando de situações em que o infrator for identificado e preso, porém sem condições econômicas e financeiras para arcar com os custos de prejuízos que sua conduta delituosa haja causado ao vitimado, observa-se que nessa situação, o Estado, deve entrar em

ação, assistindo o vitimado necessitado, mediante a garantia de um *quantum in pecunia* de um salário mínimo ou mais, sem prejuízo das garantias assistenciais em sentido amplo, como forma de inibir um novo trauma.

O dever assistencial do Estado em face dos vitimados estende-se, ainda, às hipóteses de inimputabilidade, “homicida menor de idade”, ou, ainda, a não instauração do processo criminal, pois, o vitimado não pode ser relegado à situação de extrema pobreza e marginalização, pelo simples fato de aquele ser inimputável.

Deve-se assinalar, ainda, que a assistência prestada pelo Estado pode inibir não somente um novo trauma ou a vitimação do vitimado necessitado, mas contribuir para apaziguar os ânimos no ambiente afetado pelo crime e evitar uma eventual vingança privada contra o infrator, por sentimento de injustiça.

Reparados os danos, sejam eles materiais ou morais, de forma justa e adequada a realidade, como forma de mitigar o sofrimento, a dor da alma e maximizar a realização da vida digna do vitimado, não só se reforça e se renova a vigência da norma penal lesionada, ou dos princípios que informam e fundamentam a ordem jurídica constitucional, mas, materializa-se o próprio direito justo.

Essa função que o *jus* fundamental à reparação civil *ex delicto* desempenha na ordem jurídica constitucional resulta também em sua vinculação junto aos órgãos do Poder Público, o Executivo, o Legislativo e o Judiciário, inclusive as pessoas jurídicas públicas ou privadas investidas na função pública.

A vinculação do Poder Executivo, ou do órgão da Administração Pública, deriva da sua função executória, pois é ele, o órgão do Poder Público, que planeja, regulamenta, fornece ou presta serviços com vistas à realização dos direitos fundamentais dos cidadãos, principalmente dos vitimados necessitados.

Já a vinculação do Poder Legislativo ocorre por ser o órgão do Poder Público a que se incumbe constitucionalmente adotar medidas cabíveis, dentro do seu âmbito de atribuição e nos limites legais, para regulamentar e tornar concretos os direitos fundamentais, inclusive os da reparação civil *ex delicto*.

A vinculação do Poder Judiciário se dá, pois, é o órgão do Poder Público que se incumbe constitucionalmente da tarefa de dizer o direito ou tornar efetivos os direitos e garantias fundamentais, como bem registra Ingor Sarlet Wolfgang.

No âmbito das funções positiva e negativa da eficácia vinculante dos direitos fundamentais, é de destacar-se o dever de os tribunais interpretarem e aplicarem as leis em conformidade com os direitos fundamentais, assim como o dever de colmatação de lacunas à luz das normas de direitos fundamentais, o que alcança

inclusive, a justiça cível, esfera no qual – ainda com uma dimensão diferenciada – também se impõe uma análise exercida pelos direitos fundamentais sobre as normas do direito privado. (SARLET, 2012, p. 373).

Nesse sentido, ao Poder Judiciário, na sua função jurisdicional, além tornar concreto o direito fundamental e deferir a sua realização para o seu titular ou assegurar o seu respeito, cabe-lhe tornar vigente o conteúdo do *jus* fundamental, independentemente da sua menção no Texto Magno, a fim de possibilitar a sua aplicabilidade imediata, nos casos de ausência das leis concretizadoras.

Essa nobre função que o Poder Judiciário desempenha, dentro da ordem jurídica democrática, motiva a presente proposta a chamar o Estado-juiz de guardião da Constituição, principalmente dos direitos subentendidos nas normas *jus* fundamentais ou nos princípios que informam e fundamentam a própria ordem jurídica constitucional.

Dessa função emerge, igualmente, a tarefa de o Poder Judiciário controlar, em última instância, a constitucionalidade das leis, decisões ou atos jurídicos, proferidos pelos demais órgãos do Poder Público, que venham a comprometer os direitos fundamentais à reparação civil *ex delicto*.

Discorrendo, ainda, sobre a vinculação do Poder Público ao direito fundamental à reparação civil *ex delicto*, destaca-se também, a função do Ministério Público, órgão oficioso de representação do Poder Público, investido, constitucionalmente, da função fiscalizadora do *persecutio* penal em matéria dos direitos fundamentais.

Dessa função fiscalizadora, decorre a obrigação de o Ministério Público postular a Ação Penal Pública e instrumentalizar o processo junto ao juízo competente, a fim de esse órgão fazer prevalecer a vontade da Constituição, devendo ambos os órgãos jurisdicionais, no exercício de suas funções, se pautarem sempre pela máxima efetividade do direito fundamental do cidadão necessitado em concreto.

Nesse sentido, Eloísa de Sousa Arruda anota que “tem o Ministério Público o dever de impedir o uso seletivo das normas, democratizando o acesso à justiça e opondo-se a eventuais interesses políticos e econômicos que se afastem das premissas sociais delineadas pela Constituição” (ARRUDA, 2009, p. 376). Conclui-se, desse modo, que também o Ministério Público é guardião da Constituição. Assim sendo, somente a essa deve obediência.

A boa atuação do Ministério Público, principalmente no que tange ao direito fundamental à reparação civil *ex delicto*, em benefício do vitimado necessitado, significa, portanto, reforçar e renovar a vigência da Constituição ou fortalecer a vontade dela, como assevera Antonio Scarance Fernandes:

[...] o Ministério Público, como órgão que no processo criminal representa o interesse público, deve ter legitimação para pleitear a reparação do dano em favor da vítima do crime, estando, em consequência, autorizado também a requerer medidas cautelares civis tendentes a garantir a efetividade dessa reparação e, ainda, a promover a execução da sentença; a indenização deve ser fixada na sentença penal; o *sursis*, o livramento condicional, e a reabilitação devem ser condicionados ao pagamento dos prejuízos causados à vítima; a hipoteca e o arresto incidentes sobre bem do réu devem ser prioritariamente destinados à reparação dos danos; os condenados insolventes devem pagar o valor da reparação com o seu trabalho na penitenciária. (FERNANDES, 1995, p. 17).

Realmente, o Ministério Público, por ser o guardião da Constituição, está em sua obrigação de providenciar, dentro das provas de que dispõe e conforme a lei, as medidas cautelares cabíveis, para garantir observância e efetividade ao direito fundamental à reparação civil *ex delicto*, em benefício do seu titular.

O recurso ao *sursis*, o livramento condicional e a reabilitação, a fim de condicionar o pagamento dos prejuízos suportados pelo vitimado, ou às medidas cautelares reais⁷⁵ como a hipoteca⁷⁶ e o arresto⁷⁷ incidentes sobre bens do infrator, no sentido de serem prioritariamente destinados à reparação dos danos, ou ainda, de os condenados insolventes pagarem o valor da reparação com o seu trabalho (salário decorrente do trabalho remunerado exercido na prisão), bem como as medidas de caráter de urgência, como, por exemplo: a tutela antecipada, para tornar célere a efetividade da reparação civil *ex delicto*, seja antes ou depois da sentença penal transitada em julgado, porém não deve ser visto como estigmatização do infrator, mas como motivo de felicidade para todos os sujeitos da relação jurídica do Delito Rei, inclusive para o próprio infrator.

Para o vitimado, isto é, os familiares ou dependentes necessitados, os quais o falecido mantinha, caso efetivada a reparação civil *ex delicto*, poderão ver sua vida digna, comprometida ou cerceada pelo delito, minimamente restaurada.

Caso a reparação civil *ex delicto* seja efetivada, principalmente quando essa é garantida e arcada pelos bens do infrator ou pelo seu salário enquanto na penitenciária, o Estado verá também reforçada e renovada a vigência da norma penal ou constitucional lesada.

⁷⁵ Conjunto de medidas que servem para garantir a responsabilização do sentenciado pela reparação civil *ex delicto in pecúnia* e, conseqüentemente, asseguram aos vitimados o futuro ressarcimento pelos prejuízos que hajam suportado em decorrência da materialidade do evento delituoso.

⁷⁶ Hipoteca legal, inscrição do bem Imóvel do autor da conduta delituosa para garantir futuro ressarcimento do vitimado, caso aquele for condenado.

⁷⁷ Arresto, arrecadação dos bens do patrimônio do autor da conduta delituosa para garantir futuro ressarcimento do vitimado, se aquele for condenado.

Também a sociedade, normalmente representada pelo Estado, verá reforçado o respeito pela vida humana e será restaurada da perturbação social, emergente em decorrência do evento delituoso.

Satisfeitos os interesses do vitimado, do Estado e da sociedade, sentindo esses minimamente curados seus interesses ou superada a perturbação social, defere-se o retorno do infrator ao convívio social com mais segurança. Com efeito, dá-se a tão desejada paz jurídica e social.

Sublinha-se, por outro lado, que o recurso às medidas cautelares reais ou assecuratórias, somente será legítimo, se tem por escopo estimular o infrator a efetivar, de forma voluntária, a obrigação de reparar o dano ou as decisões proferidas nesse âmbito, sem a necessidade de recurso a meios coercitivos legais ou quanto necessário recorrê-los em *ultima ratio*.

A regra é que o Ministério Público deve incentivar o infrator para que este possa efetuar o depósito do *quantum in pecunia* da reparação civil *ex delicto* de forma voluntária, sendo apenas em caso de sua inércia que o Estado-Juiz ou o tribunal deve promover a satisfação de tal *quantum* mediante o recurso às medidas cautelares assecuratórias, ou, caso necessário, usar os meios coercitivos legais.

Convém pontuarmos também que o recurso às medidas cautelares assecuratórias ou o uso dos meios coercitivos legais, além de assegurar a efetividade da obrigação de reparar o dano, inibe não somente as situações nas quais os infratores poderão subtrair-se dessa obrigação, mas os estimula a efetivá-la de forma voluntária, sabendo de antemão que dela poderão tirar proveito como, por exemplo, mitigar os efeitos da condenação e encurtar o tempo de cumprimento da pena.

Para o vitimado, portanto, a medida deve ser capaz de assegurá-lo condições materiais mínimas indispensáveis para o restauro de sua vida saudável e digna, comprometida pelo delito. Já ao infrator, deve ser capaz de mitigar os efeitos da condenação, encurtar o tempo do cumprimento da pena e facilitar a sua reinserção social com maior segurança.

Não sobram dúvidas, também, de que a função fiscalizadora processual do Ministério Público, em face do direito fundamental à reparação civil *ex delicto*, somente é legítima quando pugnar pela materialização do direito justo e legítimo. Para tal, sua atuação deve tirar obediência e fundamento da Constituição. Nesse sentido, Antonio Scarance Fernandes dispõe:

No campo dos direitos humanos, a atuação do Ministério Público como agente promotor das medidas necessárias para resguardá-los e promovê-los ganha especial relevância. É ele, por vezes, o detentor exclusivo do poder de sustentar a demanda em juízo, seja para a garantia de um direito inerente à dignidade humana que está

sendo negado, seja para dar resposta a uma violação já concretizada a direitos fundamentais. (FERNANDES, 1995, p. 385).

Em verdade, quando se diz função fiscalizadora processual do Ministério Público em face dos direitos fundamentais, quer isso significar, por excelência, que é ele o órgão do Poder Público a que se incumbe, constitucionalmente, remir quaisquer obstáculos que possam comprometer a *persecutio* penal, de tal sorte que o vitimado e o próprio autor do delito ficam imunes à vitimação por sentimento de injustiça.

Com a boa atuação do Ministério Público na *persecutio* penal, portanto, tanto o vitimado como o autor do delito estão imunes ao tratamento desumano, como, por exemplo, de serem meros objetos das instâncias formais de controle do crime e sua gestão.

Deve, desde agora, deixar assentado que o direito fundamental à reparação civil *ex delicto* tem aptidão para produzir seus efeitos jurídicos. Assim sendo, é plausível a sua aplicabilidade direta ou imediata, característica dos direitos fundamentais.

Avulta-se conferir também à aplicabilidade imediata ou direta do *jus* fundamental à reparação civil *ex delicto*, em sua função defensiva, cujo objeto é um *non facere*, ou seja, que impõe a abstenção estatal ou não obstaculizar efetividade à reparatória.

A dimensão prestacional do *jus* fundamental à reparação civil *ex delicto*, cujo objeto é um *facere*, porém, embora se trate de um assunto aparentemente complexo, acreditamos em sua aplicabilidade imediata ou direta.

Creemos, pois, como a reparação civil *ex delicto* pugna pela criação de condições materiais básicas indispensáveis para que o vitimado necessitado possa desfrutar a vida de forma saudável e digna, não sobra margem de dúvidas, também, a que seu reclame a um *facere* de natureza material e fática diz respeito à realização de um direito que não se pode deferir em um momento posterior, ou seja, é inadiável. Aliás, até hoje, sequer ouvimos falar em ser humano que já postergou o desfrute de sua vida para outro momento, talvez no cemitério.

Reitera-se, assim, a razão por que se deve recorrer, sempre que possível, às medidas cautelares assecuratórias, a fim de garantir efetividade à reparação civil *ex delicto*, inclusive as de caráter de urgência, como, por exemplo, a tutela antecipada, para tornar célere a execução ou efetividade ao direito fundamental à reparação civil *ex delicto*, seja antes ou depois da sentença penal transitada em julgado.

Enfim, ainda que se reconhecesse situação de carência econômica e financeira dos réus, ou a escassez de recursos financeiros do Estado, acreditamos, sem margem de dúvidas, que se observados todas as garantias constitucionais e processuais do direito fundamental da

ação, mediante um tratamento humano e digno para o vitimado necessitado, bem como a garantia do mínimo existencial, ou, ainda, em caso de escassez, remanejando os recursos financeiros de outras áreas menos prioritários ou finalidades realizáveis com o tempo, para a realização da sua vida digna e inadiável, sem prejuízo ao direito à assistência em sentido amplo, não há como declinar aplicabilidade imediata e efetiva à reparação civil *ex delicto*.

5.4 A inaplicabilidade da reserva do possível à reparação civil *ex delicto*

A reparação civil *ex delicto*, no sentido do mínimo existencial, como visto, é direito e garantia fundamental, e esperança para os vitimados do Delito Rei, pois visa garantir-lhes condições materiais básicas indispensáveis para o desfrute de uma vida saudável e digna, conforme os ditames da justiça social.

Dessa função que o *jus* fundamental à reparação civil *ex delicto* desempenha em uma ordem jurídica democrática decorre a obrigação de todos os órgãos do Poder Público instituídos, o Executivo, o Legislativo e o Judiciário, inclusive as pessoas jurídicas públicas ou privadas investidas na função pública, de estarem vinculados a esse direito.

Ocorre, porém, que pela doutrina atual do Direito Público, discute-se, e muito, se os direitos existenciais, como, por exemplo, a garantia constitucional do mínimo existencial, cuja natureza de cunho social prestacional, estaria ou não sujeita a cláusula da reserva do possível. A respeito disso, assinala oportunamente Vidal S. N. Júnior que “a reserva do possível advoga que a concretização dos direitos fundamentais sociais ficaria condicionada ao montante de recursos previstos nos orçamentos das respectivas entidades públicas para tal finalidade”. (JÚNIOR, 2009, p. 171). Desse modo, sem a contemplação do direito fundamental de natureza prestacional no plano orçamentário anual, esse seria irrealizável.

Também Ana Carolina Lopes Olsen anota: “a reserva do possível é uma condição de realidade que determina a submissão dos direitos fundamentais prestacionais aos recursos existentes”. (OLSEN, 2008, p. 212). E ressalva Olsen (2008): “todavia, não se trata de simplesmente afirmar que os direitos fundamentais existem no mundo jurídico, mas só encontrarão efetividade quando houver recursos suficientes em caixa, disponíveis pelos poderes públicos, para realizar as prestações neles previstas”.

Nessa ordem de ideias, a reserva do possível seria um mecanismo jurídico por meio do qual o Poder Público, ou pessoa jurídica investida nessa função, sob o pretexto da

insuficiência de recursos financeiros, pode negar efetividade a um direito fundamental de cunho prestacional, que exige a sua atuação positiva.

Importante, ainda, é a opinião de Aline da Matta Moreira, para quem “o conceito originário da reserva do possível está relacionado àquilo que pode o indivíduo, racionalmente falando, exigir da coletividade”. (MOREIRA, 2011, p. 84). Logo em seguida, acrescenta (MOREIRA, 2011): “a definição faz clara referência às pretensões que podem ser, numa medida razoável e proporcional, deduzidas pelo particular em face do Estado, cujo atendimento demandará a existência de recursos públicos suficientes, sem que se verifique o comprometimento do interesse coletivo”.

Seguindo esse ponto de vista, não basta ao Poder Público apenas invocar a escassez de recursos ou a falta de previsão orçamentária no plano anual, para que fique ilibado da sua obrigação constitucional de conferir máxima efetividade aos direitos fundamentais de cunho prestacional ou social, mas torna-se necessária, acima de tudo, a submissão da sua decisão que declina efetividade ou a realização do referido direito em concreto, ao crivo da justa medida, ou seja, o exame da razoabilidade e da proporcionalidade, sendo somente esse exame que irá conferir ou não legitimidade a tal decisão.

Neste contexto, Importa destacar também as lições de Wálber Araújo Carneiro, para quem:

A impossibilidade de cumprir determinado programa ou de conferir determinada prestação não constituirá, necessariamente, um ilícito praticado pelo Estado. A escassez de recursos como um fator inexorável, servirá, desde que caracterizada, como uma excludente para a efetivação da medida, o que não desnatura a existência de um direito subjetivo e do correlato dever do Estado. (CARNEIRO, 2004, p. 383).

Desse modo, a reserva do possível age como uma excludente de ilicitude da conduta estatal, e não propriamente como uma restrição e, portanto, sempre que o Poder Público declina efetividade a um direito fundamental cuja natureza exige a sua postura ativa, desde que demonstre a impossibilidade de conduta diversa, fica ilibado da sua obrigação constitucional de conferir máxima realização ao direito fundamental de cunho prestacional em concreto, inclusive daqueles direitos cujo conteúdo se subentendem no *jus* fundamental ou nos princípios que informam e fundamentam a ordem jurídica. A reserva do possível, com efeito, seria não propriamente uma espécie de faculdade, mas uma exceção precedida por análises da conduta diversa.

Como se pode constatar, todos os argumentos sobre a cláusula da reserva do possível até aqui apresentados, apontam a escassez de recursos públicos como condição *sine qua non* para a efetivação do direito fundamental de cunho prestacional ou social.

No entanto, divergem quanto à fórmula jurídica por meio da qual se poderá ou não conferir legitimidade à decisão ou ato do Poder Público que decline realização ao direito fundamental de cunho prestacional. Entendem alguns que essa fórmula deve ser via o crivo da justa medida, ou seja, a razoabilidade e a proporcionalidade. Já outros, pela demonstração da impossibilidade de adoção de uma conduta diversa.

Tal como vem sendo ilustrado pela doutrina, também partilhamos do entendimento de que a escassez de recursos é a questão central das análises da reserva do possível. Contudo, cremos que esse argumento não tem o condão jurídico para impossibilitar a realização ou efetividade de um direito fundamental de cunho prestacional.

Somente o crivo da impossibilidade da conduta diversa, no âmbito administrativo, e o crivo da justa medida, a razoabilidade e a proporcionalidade em sua tripla dimensão, no âmbito administrativo ou judicial, têm o condão jurídico para legitimar uma decisão do Poder Público que decline realização ou efetividade a um direito fundamental, seja qual for a sua natureza.

Registra-se, ainda, uma dicotomia entre a reserva do possível fática e a reserva do possível jurídica, ou seja, entre o que é faticamente insuficiente para satisfazer às necessidades básicas do cidadão, e o que é juridicamente insuficiente para satisfazer a tais necessidades, conforme doutrina Aline da Matta Moreira:

[...] reserva do possível fática, simplesmente não existem recursos públicos disponíveis para a implementação do direito postulado e, no caso da reserva do possível jurídica, a escassez de recursos públicos para concretização do direito pretendido é traduzida nos limites da dotação orçamentária. (MOREIRA, 2011, p. 90).

De acordo com essa classificação, se o cidadão necessitado sindicar uma prestação de cunho social e o órgão do Poder Público sob sua alçada foi intentado a invocar, simplesmente, a escassez de recursos para tornar irrealizável o direito fundamental em concreto, inobstante, sem se preocupar em observar os recursos disponíveis no plano anual orçamentário, dar-se-á a escassez fática. Já a escassez jurídica ficaria caracterizada se a mesma decisão tiver por fundamento a falta da contemplação da referida prestação de cunho social no plano orçamental anual.

Embora essa dicotomia seja meritória no plano acadêmico, entendemos que a mesma se revela insuficiente para justificar ou fundamentar a omissão do Poder Público em face da sua obrigação constitucional de conferir máxima realização aos direitos fundamentais, independentemente de sua natureza.

Essa insuficiência, pois, pela regra do regime jurídico democrático assente no pressuposto ético e deontológico da dignidade da pessoa humana, os atos do Poder Público, sejam eles comissivos ou omissivos, somente ficarão imunes à inconstitucionalidade se precedidos do crivo da impossibilidade de adoção da conduta diversa, ou do exame da justa medida, em função da situação concreta. É por isso, também, que acentua Ana Carolina Lopes Olsen:

[...] a reserva do possível não pode ser uma caixa de surpresas da qual os poderes públicos sacam toda a sorte de desculpas para o não cumprimento de direitos prestacionais. É preciso identificar mecanismos jurídicos de controle, que permitam uma maior efetividade destes direitos, tão necessários à realização do ideal da justiça e igualdade social promulgada pela Constituição. (OLSEN, 2008, p. 225).

A reserva do possível não tem condão jurídico para justificar a negligência do Poder Público para com a sua obrigação constitucional de conferir máxima realização aos direitos fundamentais de cunho prestacional, quanto menos de ser uma cláusula que legitima, indiscriminadamente, a omissão do Poder Público em garantir ao cidadão vitimado necessitado condições materiais mínimas indispensáveis, para que este possa desfrutar de uma vida saudável e digna, como bem adverte Rafael José Nadim de Lazari:

A reserva do possível somente comporta alegação excepcional. É dizer: o Estado não pode alegar a reserva a toda e qualquer demanda que lhe é formulada, mas apenas àquelas que, de fato, remonta ao inacessível pelo orçamento estatal sem que isto se traduza em prejuízo da seletividade. Dessa forma, uma consequência processual é que, caso a reserva do possível seja a única matéria de defesa alegada pelo Estado, e o caso especificado não seja de cabimento da tese, deverá o Estado ser considerado revel, por força deste caráter de excepcionalidade. (LAZARI, 2012, p. 59-60).

Essa excepcionalidade, em verdade, só surte efeito se o Poder Público conseguir provar, ainda no âmbito administrativo, a impossibilidade de adoção de uma conduta diversa em face da prestação sindicada. Ademais, mesmo que prove essa inexistência, a sua decisão somente será tida por legítima mediante o recurso da justa medida, ou seja, o crivo da proporcionalidade, em sua tríplice dimensão.

Caso o Estado-juiz, mediante a prova de que dispõe e conforme a lei, recorrer ao crivo da justa medida, e tendo-se constatado que o argumento oferecido pelo Poder Público, para sustentar a sua decisão que declina realização ao direito fundamental de cunho prestacional sindicado pelo cidadão, é bastante vulnerável, está ele, o Estado-juiz, obrigado a contornar a escassez de recursos e expedir o mandado competente, em benefício do interessado. Essa obrigação do Estado-juiz, como se viu, decorre da sua vinculação aos direitos fundamentais e, acima de tudo, por ser o verdadeiro guardião da Constituição. Portanto, somente a ela deve obediência.

São esses, portanto, os motivos porque a presente proposta concebe a reserva do possível como mecanismo jurídico por meio do qual o Poder Público, ou pessoa jurídica investida nessa função, pautando-se na Lei e nos princípios que informam e fundamentam a ordem jurídica constitucional democraticamente instituída, como, por exemplo, a impossibilidade de adoção de uma conduta diversa ou a justa medida, poderá, com base no pressuposto de escassez de recursos, restringir a aplicabilidade imediata ou direta de um *jus* fundamental de cunho prestacional expresso ou não pela Carta Magna.

Acreditamos, pois, superar a noção originária da reserva do possível, concebida como aquilo que o indivíduo, racionalmente, deve esperar da sociedade, bem como declinar a discricionariedade ilimitada de atuação do Poder Público em face dos direitos fundamentais de cunho prestacional.

Também acreditamos superar a visão tradicional segundo a qual a efetivação dos direitos fundamentais de cunho prestacional representa, para o erário público, mais custos que a garantia dos direitos individuais, na medida em que estes últimos exigem uma simples postura abstencionista do Poder Público, típico do modelo liberal.

Importa recordar que com o advento do Estado Democrático, assente no princípio ético e deontológico da dignidade da pessoa humana, o Poder Público não deve se contentar apenas em assumir uma postura abstencionista do modelo liberal, principalmente na dimensão defensiva dos direitos fundamentais, mas deve adotar uma postura ativa em face das demandas básicas de cunho prestacional ou social, a fim de reduzir a pobreza, a marginalização e promover o bem-estar social.

Em Estado Democrático, o Poder Público está em sua obrigação de envidar esforço para que no máximo confira realização aos direitos fundamentais de defesa, quanto os de cunho prestacional ou social, inclusive os assim chamados direitos implícitos, haja vista que esses últimos, independentemente de sua natureza, também integram o catálogo do *jus* fundamental a uma existência digna.

Efetivamente, chegamos aqui à razão por que advogamos em desfavor ao deferimento dos direitos de cunho prestacional ou social à mercê da vontade política do Poder Público ou à sua discricionariedade ilimitada.

Não é dispensável, porém, acentuar que deferir os direitos fundamentais prestacionais à mercê da vontade política do Poder Público não somente vulneraria a realização dos direitos fundamentais expressos de forma inequívoca pela Carta Magna, mas implicaria,

principalmente no contexto guineense, uma recusa de vigência dos assim chamados direitos implícitos, mesmo que estes atinem ao mínimo existencial a uma vida saudável e digna.

É por este motivo que reafirmamos a necessidade de aplicabilidade imediata ou direta do direito fundamental à reparação civil *ex delicto*, no sentido da garantia do mínimo existencial, e declinamos o crivo da reserva do possível nesse âmbito. Na mesma sintonia, noticia Vidal Serrano Nunes Júnior:

O argumento da reserva do possível em seu nascedouro, não atinava com direitos integrantes do mínimo vital, como o acesso à assistência à saúde ou à educação básica, mas o ensino superior público. A teoria da reserva do possível não foi concebida para mitigar obrigações mínimas do Estado para com obrigações sociais essenciais, que, caudatárias da dignidade humana, não encontram possibilidade de restrição válida. (JÚNIOR, 2009, p. 174-176).

Como noticiado, a reserva do possível é inapta às garantias de condições materiais mínimas indispensáveis, para que o cidadão vitimado necessitado possa desfrutar a vida como ser humano dotado de dignidade. Portanto, deve ser uma medida de última *ratio* do Poder Público.

Vale a pena observar, ainda, que a reparação civil *ex delicto*, no sentido da garantia do mínimo existencial, visa realizar o direito à vida, em cuja dimensão se encontram, entre outros direitos, o da alimentação, à integridade psicofísica e o da personalidade, desfrutáveis *in instante*, isto é, que não se podem ser postergados para um momento posterior.

No que se refere ao direito à vida, importa observar que esse é o próprio fundamento da dignidade da pessoa humana. Assim sendo, o Estado está obrigado a assegurar, a todos os seus cidadãos necessitados, o mínimo existencial.

Considerando, ainda, a fundamentalidade do direito à vida para a preservação da espécie humana, o Estado tem por obrigação proteger e promover a sua inviolabilidade ou invulnerabilidade, bem como imunizá-la de contraste com questões menores, como as de previsão orçamentária, ou deferi-la à mercê da vontade política de seus órgãos. Por esse motivo acentua Vidal Serrano Nunes Júnior que:

O orçamento não pode impedir a implementação de direitos que foram reconhecidos no plano constitucional, mesmo porque, acrescentamos um problema de hierarquia entre normas jurídicas estaria colocado. A liberdade de conformação legislativa, enquanto não atendidos aos direitos apontados, não existe, de tal modo que não é lícito ao legislador, por exemplo, aportar valores em gastos com publicidade institucional enquanto faltarem recursos para gastos com saúde ou educação. A adequação do orçamento aos ditames constitucionais deve se realizar pela condenação do Poder Público à prestação dos serviços que implementarão os direitos constitucionalmente reconhecidos. Não é ocioso lembrar, neste ponto, que o chefe do executivo pode remanejar receitas e abrir créditos adicionais, conduzindo uma adequação da execução orçamentária aos comandos da Constituição. (JÚNIOR, 2009, p. 182-190).

Como se percebe, dada a relevância constitucional do *jus* fundamental à vida, nem os atos da Administração Pública direta ou indireta, nem a atividade legiferante do legislador infraconstitucional, inclusive do Estado-juiz, pode ou deve contrastá-la, senão protegê-la e promover a sua máxima realização, ou remir os obstáculos que possam degradá-la.

Por esse motivo é que, quando comprovada a escassez de recursos financeiros, o órgão do Poder Público ao qual é requerida a reparação civil *ex delicto*, no sentido da garantia do mínimo existencial, considerando que essa atina com a realização do direito à vida digna, é-lhe aconselhável pautar-se pelo critério de prioridade das prioridades e remanejar as receitas destinadas à realização de um direito ou serviço menos prioritário, para os de caráter de urgência, cujo desfrute não se pode adiar, como, por exemplo, o direito à vida. Eis também razão que assiste Ricardo Mauricio Freire Soares a consignar:

Ao revés, se os recursos financeiros do Estado brasileiro não são suficientes, devem ser, em verdade, retirados de outras áreas menos prioritárias, tais como custeamentos de gabinetes governamentais ou parlamentares, em que sua aplicação não está intimamente ligada aos direitos mais essenciais para a realização da vida digna do ser humano. (SOARES, 2010, p. 157).

Essa crítica no âmbito brasileiro estende-se, ainda que de forma gradual, a todos os países periféricos nos quais quase nada se fez para suprir às necessidades básicas dos cidadãos, e muito menos ao amparo de vitimados, enquanto os governantes esbanjam o erário público com viagens em comitivas e compra de carros de luxos, festas, férias para suas famílias, assentes no regime poligâmico, como é corriqueiro no continente africano e, em específico, na República da Guiné Bissau.

Seja como for, aliás, como se viu, uma sociedade política organizada, na qual o Estado sequer consegue garantir condições materiais mínimas para que seus cidadãos necessitados possam desfrutar a vida como seres humanos dotados de dignidade, não pode receber outra designação senão a de Estado de Direito falho, ou que a este se aproxime.

Se for verdade que a vida humana é um valor primordial para a preservação da espécie humana e, por isso mesmo, fundamento último de qualquer ordem jurídica democrática, não restará dúvida também de que todas as formas de atuação do Poder Público em face dos direitos fundamentais devem tirar-lhe o fundamento.

Dessa fundamentalidade do valor vida humana sobressai, entre outros efeitos jurídicos, a sua caracterização como bem inalienável, indisponível e irrenunciável. Inalienável, pois é um bem que não pode ser objeto de mercancia; indisponível, haja vista que pertence à sociedade como um todo e, por isso mesmo, não está à mercê da vontade de quem quer que seja,

inclusive a do Poder Público; já irrenunciável, de que não se pode abrir mão ou deferir que alguém lhe provoque um dano que fira a moral pública vigente.

Dentre as dimensões do *jus* fundamental à vida, destacam-se: o direito à alimentação, à integridade psicofísica e o da personalidade, direitos esses que convergem para a materialização da vida saudável e digna, como observa Ingo Wolfgang Sarlet:

Uma existência digna abrange mais do que a mera sobrevivência física, situando-se além do limite da pobreza absoluta. [...] a dignidade da pessoa humana apenas estará assegurada quando for possível uma existência que permita a plena fruição dos direitos fundamentais, de modo especial, quando seja possível o pleno desenvolvimento da personalidade. (SARLET, 2012, p. 319-320).

No que se refere ao direito à alimentação, observa-se que esse é um direito que todos os partícipes da vida em comunhão têm, independentemente do grau de necessidade de cada um, de ter acesso físico e econômico, ininterruptamente, a uma alimentação saudável e estar livre de fome, conforme o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais⁷⁸, em especial o seu Art. 11⁷⁹, que recomenda os Estados-membros da ONU a reconhecerem, comprometerem e assumirem uma postura positiva para erradicar a pobreza, a fome e a miséria. Com efeito, conferir ao ser humano uma existência digna.

O direito à integridade psicofísica significa que o Estado está em sua obrigação de ao máximo assegurar a seus cidadãos um mínimo de condições materiais básicas a uma existência saudável e digna.

Sem a garantia de condições materiais básicas, é claro, a integridade física ou corporal e a psíquica ficariam comprometidas, sequer podendo o cidadão necessitado desenvolver-se como ser humano dotado de dignidade ou de desfrutar, em igual condição, com os demais partícipes da vida em comunhão, os meios de saúde e socioculturais disponíveis. Aliás, como ensina Ingo Wolfgang Sarlet:

[...] o direito a integridade física (corporal) e psíquica abarca a proteção da integridade externa pessoal, ou seja, a esfera corporal no sentido biológico, bem como a integridade pessoal interna, no que diz com o funcionamento da esfera psíquica, incluindo a sensibilidade a dor e ao sofrimento físico e psíquico. Assim, o

⁷⁸ ONU. Resolução nº 2200-A da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966.

⁷⁹ Art. 11 – 1. Os Estados-pares no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e para sua família, inclusive a alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como uma melhoria contínua de suas condições de vida. Os Estados-partes tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo, nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento. 2 – os Estados-partes no presente Pacto, reconhecendo o direito fundamental de toda pessoa de estar protegida contra a fome, adotarão, individualmente e mediante cooperação internacional, as medidas, inclusive programas concretos, que se façam necessário para: melhorar os métodos de produção, conservação e distribuição de gêneros alimentícios pela plena utilização dos conhecimentos técnicos e científicos, pela difusão de princípios de educação nutricional e pelo aperfeiçoamento ou reforma dos regimes agrários, de maneira que se assegurem a exploração e a utilização mais eficaz dos recursos naturais. Assegurar uma repartição equitativa dos recursos alimentícios mundiais em relação às necessidades, levando-se em conta os problemas tanto dos países importadores quanto exportadores de gêneros alimentícios.

direito a integridade física e psíquica possui, em parte, o mesmo objeto do direito à saúde, do qual – nesse sentido – acaba sendo mais próximo do que o é em relação ao próprio o direito à vida, embora também como o direito à saúde não se confunda, pois nem toda a intervenção na integridade física resulta em dano para a saúde. (SARLET, 2013, p. 385).

Portanto, nada adianta o Estado garantir ou proteger a integridade psicofísica do cidadão necessitado em sua ampla dimensão, sem criar condições materiais mínimas indispensáveis para que este possa se desenvolver como ser humano dotado de dignidade.

Já o direito da personalidade implica que o Poder Público deve garantir a seus cidadãos necessitados, dentro do juridicamente possível, condições materiais básicas indispensáveis ao desfrute de igual liberdade, autonomia e autodeterminação nas escolhas ou opções de vida comunal. Por isso mesmo observa Cláudia R. de Oliveira M. da Silva Loureiro que:

Como norma constitucional, o princípio da dignidade da pessoa humana irradia seus efeitos à interpretação dos direitos da personalidade impondo a obrigatoriedade de os direitos do cidadão universal a serem concretizados com base na conformação pautada na otimização do princípio que deve ser buscado na sua incerteza. (LOUREIRO, 2014, p. 54).

Como observado, a boa interpretação do princípio ético da dignidade da pessoa humana e a correta aplicação dos direitos fundamentais constituem a realização dos direitos da personalidade. Assim sendo, torna-se lícito denunciarmos que é o livre desenvolvimento da personalidade humana o objeto material que o direito fundamental à reparação civil *ex delicto* busca realizar.

Em suma, somente ela, a realização da personalidade do cidadão vitimado necessitado, deve legitimar uma resposta jurídica penal atinente ao direito fundamental à reparação civil *ex delicto*, devendo esta preceder quaisquer atos executórios da sentença condenatória transitada em julgado, haja vista que se atina a realização do direito à vida saudável e digna, cujo desfrute não se pode adiar para um momento posterior.

5.5 A necessidade de aplicabilidade da regra de proporcionalidade

A proporcionalidade é um princípio de carris constitucional cujo conteúdo se subentende no princípio ético e deontológico da dignidade da pessoa humana, do qual se irradia todo o ordenamento jurídico democrático, incluindo as normas dos direitos fundamentais. Assim, pois, escreve Carlos Bernal Pulido:

[...] la aplicación del principio de proporcionalidad para el control de las leyes de intervención en los derechos fundamentales podría considerarse de alguna manera como una derivación de la dignidad humana, e su calidad de fundamento del orden

político y de la paz social. [...] en el principio de proporcionalidad se concreta una de las ideas principales de la justicia material, según la cual, está proscrito todo sacrificio excesivo de la libertad. Lo excesivo es injusto por deficiencia. Paralelamente, se ha señalado que también del valor de justicia material se deriva en mandato, según el cual, los conflictos entre los derechos fundamentales y outro tipo de bienes y de intereses generales y particulares deben resolverse mediante una ponderación adecuada de todos ellos. Esta vía de solución para tales conflictos, ordenada por el valor justicia se articula mediante los três subprincipios de la proporcionalidad. (PULIDO, 2007, p. 602, 605).

Como dito, o princípio da proporcionalidade representa, a justa medida para verificação de quaisquer atos interventivos ou restrições do Poder Público exagerados em face dos direitos fundamentais, e assegura a realização dos mesmos em concreto, conforme os princípios que informam e fundamentam a ordem jurídica instituída.

Dessa função de assegurar a realização dos direitos fundamentais, resulta também outra função, a de estruturar o procedimento de interpretação dos conteúdos das normas dos direitos fundamentais expressos ou não em um Texto Magno, bem como servir de suporte jurídico para invalidar atos do Poder Público conflitantes com as normas de tais direitos, conforme ensina George Marmelstein:

O princípio de proporcionalidade é, portanto, o instrumento importante para aferir a legitimidade das leis e atos administrativos que restringem direitos fundamentais. Por isso, esse princípio é chamado “limite dos limites”. O objetivo da aplicação da regra de proporcionalidade, como o próprio nome indica, é fazer com que nenhuma restrição a direitos fundamentais tome dimensão desproporcional. (MARMELESTEIN, 2008, p. 372).

O princípio da proporcionalidade revela-se, desse modo, um instrumento jurídico hábil para o controle da constitucionalidade das leis, atos ou decisões dos órgãos do Poder Público, tendentes a declinar ou restringir o conteúdo dos direitos fundamentais de forma exagerada.

Toda vez que a Administração Pública decline vigência ou realização ao direito fundamental do cidadão necessitado, sentindo-se este injustiçado, é-lhe aconselhável manifestar essa injustiça junto ao juízo competente.

Manifestada pelo cidadão necessitado a sua indignação junto ao juízo competente, constatando o Estado-juiz, mediante a prova de que dispõe e nos termos legais, que o argumento oferecido pelo Poder Público para declinar a realização do direito fundamental daquele está equivocado, não lhe sobra outra opção senão averiguar os excessos ou limites mínimos legais necessários da decisão ou ato do Poder Público.

Entretanto, se o Estado-juiz, após averiguar os excessos ou limites mínimos, constatar que a decisão do Poder Público que declina a realização do direito fundamental do necessitado excedeu ou está aquém do limiar mínimo legalmente permitido, não só deve

contornar a situação, como deve anular a referida decisão e expedir o mandado competente em benefício do necessitado.

É, portanto, na possibilidade de o Estado-juiz poder verificar os excessos ou limites mínimos das decisões do Poder Público em face dos direitos fundamentais do cidadão necessitado, que o princípio da proporcionalidade nutre importância para a ordem jurídica democrática guineense, assente no princípio ético e deontológico da dignidade da pessoa humana.

Trata-se, aqui, de uma ordem jurídica em que o Poder Público interfere ilimitadamente na esfera dos direitos e liberdades fundamentais do cidadão, sem se preocupar em dar-lhes uma mínima realização ou efetividade, pelo que o descrédito dos cidadãos à jurisdição estatal também é uma realidade.

Para o contexto guineense, o princípio da proporcionalidade serviria não apenas de critério da justa medida para averiguar os excessos máximos ou limites mínimos necessários, dos atos interventivos do Poder Público em face dos direitos fundamentais do cidadão ou do vitimado necessitado, mas também mecanismo jurídico eficaz para conter o livre-arbítrio de seus órgãos em face desses direitos.

A possibilidade de os atos de Poder Público guineense se submeterem ao crivo da proporcionalidade reforçaria, por excelência, a obrigação de todos os órgãos da soberania tirarem fundamento e obediência à Constituição da República da Guiné-Bissau.

É preciso destacar que o crivo da proporcionalidade, em sua tripla dimensão, é fundamental para a materialização do direito justo, haja vista que pode servir de ferramenta discursiva para o processo decisório sobre a proibição do excesso ou de não suficiência, este último cujo escopo é inibir as decisões do Poder Público que encaminhem o cidadão necessitado para aquém do limiar mínimo de pobreza. Na mesma linha, observa Heleno Taveira Torres:

O procedimento da proporcionalidade deverá identificar a coincidência entre os meios restritivos e fim de valor constitucional como garantia de segurança jurídica na efetividade daqueles fins, bem como na proteção do conteúdo essencial dos direitos e liberdades fundamentais. Nesse sentido a proporcionalidade assume a expressão de controle da justiça, da igualdade e da preservação dos direitos e liberdades, na aferição da certeza jurídica das restrições geradas pelo sistema, as quais estão sempre válidas e legítimas na medida em que atendam aos seus requisitos. (TORRES, 2013, p. 146).

Sem dúvida, a proporcionalidade, em sua dimensão de proibição do excesso, protege o cidadão necessitado, sem condições econômicas e financeiras mínimas para se manter, contra intervenções estatais desnecessárias ou excessivas. Já na sua vertente da proibição da

insuficiência, inibe as investidas do Poder Público que possam piorar, ainda mais, a situação de necessidade do cidadão ou levá-lo à pobreza e à marginalização.

É por este motivo também que, quando o cidadão necessitado se socorre do judiciário a fim de tornar exercitável ou realizável o seu direito fundamental a uma existência condigna, o Estado-juiz está obrigado a se valer do mecanismo da proporcionalidade, para averiguar a desproporcionalidade do ato do Poder Público que decline ou restrinja realização a tal direito. Para efeito, destacam-se três máximas do princípio da proporcionalidade: a adequação, o meio necessário e a proporcionalidade em sentido *strito*, todos eles inspirados nas decisões da Corte Constitucional alemã e aplicáveis à singularidade de cada caso concreto, como denota George Marmelstein:

Esses critérios podem corresponder, respectivamente, às seguintes perguntas mentais que devem ser feitas para se analisar a validade de determinada medida limitadora de direito fundamental: a) o meio escolhido foi adequado e pertinente para atingir o resultado almejado? b) o meio escolhido foi o “mais suave” ou menos onerosos entre as opções existentes e, ao mesmo tempo, suficiente para proteger o direito fundamental em jogo? O benefício alcançado pela adoção buscou preservar os valores mais importantes do que os protegidos pelo direito que a medida limitou? (MARMELSTEIN, 2008, p. 374).

Se a resposta for positiva, significa que a medida interventiva ou restritiva em face do direito fundamental, averiguada no âmbito das três máximas ou subprincípios, está satisfeita. Inversamente, será ela ilegítima e, portanto, anulável pelo Estado-juiz.

Se, porém, a resposta for parcialmente satisfatória, entendemos que, nessa circunstância, o ato interventivo ou restritivo, averiguado sob o crivo dos três subprincípios, não satisfaz ao direito fundamental sindicado em concreto. Portanto, não só é ilegítima como inconstitucional.

Importa consignar, aqui, que uma medida interventiva ou restritiva em face do direito fundamental somente pode satisfazer ao crivo da proporcionalidade, em seu sentido amplo, quando ambas as máximas ou subprincípios convergirem, positivamente, para a realização do direito fundamental em concreto ou para a produção dos efeitos jurídicos desejáveis, em função dos objetivos albergados pela Constituição.

No que se refere à adequação, observa-se que essa significa que o aplicador da norma jurídica, ou o Estado-juiz, deve indagar, simplesmente, se o meio escolhido pelo órgão do Poder Público que declina ou restringe o conteúdo do direito fundamental em concreto, é ou não conveniente para a realização desse mesmo direito, conforme os objetivos albergados pela Constituição.

Se a resposta for satisfatória ou positiva, significa que o meio escolhido é apto para produzir o efeito ou fim desejável. Se, porém, negativa a resposta, significa também que o meio escolhido não satisfaz à condição, ou seja, não é apto para produzir efeitos desejáveis, podendo ser anulado pelo Estado-juiz, com o fundamento na sua desproporcionalidade.

Desse modo, o meio escolhido somente pode ser catalogado como ilegítimo quando não contribui, de nenhum modo, à obtenção de seu fim ou efeito almejado, ou quando entra em conflito com a Constituição. Nesse sentido, anota Carlos Bernal Pulido, que “*toda intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucional legítimo*”. (PULIDO, 2007, p. 693).

Assim, pois, se o Estado-juiz, ao averiguar o meio eleito pelo Poder Público para declinar vigência ou restringir o conteúdo do direito fundamental do cidadão necessitado e constatar que o mesmo é inadequado, é obrigado a invalidar o ato, mas não se deve limitar somente a isso, como deve também apreciar a conjuntura socioeconômica e determinar a sua adequação.

É meio adequado, portanto, aquele meio que com o seu auxílio contribui, de certa forma, para a realização do direito fundamental e produz o resultado desejado pela Constituição.

O meio necessário, porém, significa comparar a medida interventiva ou restritiva adotada pelo Poder Público em face do direito fundamental do cidadão necessitado, com as outras medidas alternativas abstratamente disponíveis.

Assim, se o Estado-juiz, ao comparar a medida adotada pelo Poder Público às outras disponíveis em abstrato, constatar que uma dessas últimas é menos gravosa e atende melhor ao direito fundamental vinculado em concreto pelo necessitado, e conforme o fim almejado pela Constituição, é obrigado, com o fundamento na desproporcionalidade da medida, a optar pela sua anulabilidade. Por isso, entende-se que:

Necessidade (vedação de excesso) – na proporcionalidade, está embutida a ideia de vedação de excesso, ou seja, a medida há de ser estritamente necessária. Invoca-se o velho jargão popular: o meio escolhido foi o mais suave entre as opções existentes? Se a resposta for manifestamente negativa, ou seja, se for possível demonstrar que existem outras opções menos prejudiciais, a medida pode ser anulada pelo judiciário. (MARMELSTEIN, 2008, p. 378).

Não obstante, se ambas as medidas são, igualmente, menos gravosas e convergentes para a realização do direito fundamental vinculado pelo cidadão necessitado, ou aptas a materializar os objetivos traçados pela Constituição, o primeiro meio dentre eles escolhido, inegavelmente, será tido por necessário.

A despeito disso, anota Carlos Bernal Pulido: “*toda medida de intervención en los derechos fundamentales debe ser la mas benigno con el derecho fundamental intervenido, entre todas aquellas que revesten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto*”. (PULIDO, 2007, p. 740).

O critério básico, com efeito, é a seleção dos meios alternativos disponíveis em abstrato, os quais, além de auxiliar na verificação do grau de adequação, devem ser humanamente mais benignos e contribuir, com maior grau de intensidade, para a realização do direito fundamental em concreto, conforme os objetivos ou fins albergados pela Constituição.

Sindicado judicialmente um direito fundamental, o Estado-juiz deve averiguar o meio adotado, e comparando-o com os disponíveis em abstrato. No entanto, se constatar a existência de outro meio alternativo que ao mesmo tempo seja menos prejudicial e capaz de contribuir com maior grau de intensidade, para a realização do direito sindicado, não só deve anular a medida interventiva ou restritiva menos benigna, como optar pela sua anulabilidade e, logo em seguida, expedir o mandado competente em benefício do cidadão necessitado. Inobstante, em caso de dúvida sobre o meio mais benigno, decide-se em benefício do cidadão necessitado.

Uma medida interventiva ou restritiva em face dos direitos fundamentais, portanto, somente é necessária quando inexistente, dentre os meios disponíveis *in abstrato*, outro menos gravoso, que, com a mesma intensidade ou superior à escolhida, possa produzir efeitos desejáveis à realização do referido direito, em conformidade com os objetivos esculpados na Constituição.

Sublinha-se, por conseguinte, que, embora tenha sedimentado o entendimento de que o meio necessário implica análises ou comparação com meio mais benigno para o direito fundamental *in concreto*, a esse critério deve acrescentar-se o da eficiência, sendo este em complementação àquele, que confirmará a benignidade do meio adotado. É o mesmo que ensina Virgílio Afonso da Silva:

[...] em geral fala-se na necessidade como a busca do meio menos gravoso, que pode dar a entender que se deva dar sempre preferência a medida que restrinja menos direitos. Mas isso somente é assim caso ambas as medidas sejam igualmente eficientes na realização do objetivo. [...] Uma preferência sempre pela medida mais eficiente não teria como consequência: 1) a inutilidade de se questionar o grau de restrição ao direito; e 2) o risco de toda medida ser aprovada no teste da necessidade, já que sempre será possível imaginar medida mais eficiente que a adotada, não importa o quanto ela restrinja direitos. (SILVA, 2014, p. 171, 173).

Vislumbra, assim, a percepção de que o meio é necessário não somente quando, dentre os disponíveis em abstrato, demonstrar-se mais benigno ou que melhor maximize a realização

do direito fundamental, ou, ainda, produza efeitos legais desejáveis, mas que contribua também para a otimização dos efeitos desejáveis, isto é, que promova o melhor resultado.

Reflexão que se alinha com o pensamento de Emerson Gabardo:

Quando se entender que a eficiência deve abranger análises dos meios e dos resultados, não significa que somente devem ser consideradas a celeridade, a prestabilidade, a racionalidade e a economicidade, ou quaisquer dos critérios metajurídicos propostos pela doutrina especializada. A sua natureza abrangente manifesta-se claramente quando se considera que não pode ser eficiente um ato que afronte outro princípio, devido à possibilidade de anulação do mesmo. (GABARDO, 2002, p. 97).

Para que um meio possa ser legitimamente necessário, além de ser mais benigno e vantajoso para a realização do direito fundamental sancionado em concreto, deve, acima de tudo, guardar sintonia com os princípios que informam e fundamentam a ordem jurídica democrática instituída.

Para a presente proposta, portanto, o meio necessário, é aquele meio escolhido que, ao mesmo tempo menos prejudicial ou mais benéfico, contribua com a máxima intensidade para a realização do direito fundamental do cidadão vitimado necessitado em concreto, bem como renove e reforce a vigência aos princípios que informam e fundamentam a ordem jurídica constitucional instituída.

Já a proporcionalidade em sentido *strito* significa colocar os meios e os fins em equação, mediante um juízo de ponderação, a fim de averiguar se o ônus imposto a um direito fundamental em concreto é ou não proporcional em relação ao benefício ou fim pretendido, Na mesma sintonia, escreve Ingo Wolfgang Sarlet:

[...] no campo da proporcionalidade em sentido estrito, exige-se a comparação entre a importância da realização de um fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais, examinando, em síntese, se as vantagens produzidas pela adoção do meio superam as desvantagens advindas da sua utilização. (SARLET, 2012, p. 409-410).

Desta feita, o subprincípio da proporcionalidade em sentido *strito* denuncia uma fase da proporcionalidade em sentido amplo, onde se comparam os valores contrapostos, a fim de comprovar se a medida interventiva ou restritiva compensa ou não as perdas tidas pela mesma, em função do direito fundamental em concreto, como bem leciona Virgílio Afonso da Silva:

A última etapa da proporcionalidade consiste em um sopesamento entre os direitos envolvidos, tem como função principal justamente evitar este tipo de exagero, ou seja, evitar que medidas estatais, embora adequadas e necessárias restrinjam direitos fundamentais além daquilo que a realização do objetivo perseguido seria capaz de justificar. (SILVA, 2014, p. 175).

Assim, somente a vantagem que se obtém mediante a intervenção ou restrição em face do direito fundamental em concreto deve compensar o sacrifício que esta implica para seu titular ou para a sociedade. Sobre isso, disserta-se que:

A proporcionalidade exige uma análise das vantagens e desvantagens que a medida trará. A pergunta mental a ser feita para aferir a presença de proporcionalidade em sentido estrito é a seguinte: o benefício alcançado com adoção da medida sacrificou direitos fundamentais mais importantes (axiologicamente) do que os direitos que a medida buscou preservar? Em uma análise de custo-benefício, a medida trouxe mais vantagens ou desvantagens? [...] Para responder esta pergunta, é preciso realizar um exercício de balanceamento ou ponderação, através do qual o jurista deverá levar em conta todos os interesses em jogo a fim de encontrar uma solução constitucionalmente adequada, com base em argumentos coerentes e convincentes. (MARMELESTEIN, 2008, p. 383).

Nessa ótica, quanto maior for a importância material de um princípio constitucional ou um direito fundamental a ser realizado *in concreto*, maior será o seu peso na ponderação. Inverso, ficará caracterizada a desproporcionalidade, devendo o ato ser anulado pelo juízo competente.

O propósito da proporcionalidade em sentido *strito* é, desse modo, garantir a afirmação dos princípios constitucionais envolvidos, sem a derrotabilidade dos mesmos, por se tratarem de mandamentos de otimização a serem realizados nas máximas possibilidades, em função dos bens protegidos e sem exclusões.

O Estado-juiz, portanto, ao averiguar uma medida interventiva ou restritiva do Poder Público em face do direito fundamental, é obrigado, após o exame da adequação e do meio necessário, a socorrer-se do sopesamento propriamente dito, ou seja, da proporcionalidade em sentido *strito*, a fim de evitar o sacrifício desnecessário de um dos direitos ou princípios constitucionais contrapostos e, por consequência, garantir não somente uma boa aplicação dos valores por eles veiculados, mas a salvaguarda à máxima eficácia e a realização de cada um.

Faz-se necessário ressaltar, ademais, que, na atualidade, qualquer ato interventivo ou restritivo do Poder Público em face dos direitos fundamentais, inclusive nos direitos subentendidos nas suas normas ou nos princípios que informam e fundamentam a ordem jurídica instituída, sujeita-se ao crivo da proporcionalidade em sentido amplo.

Precisamente, eis o motivo por que deferimos o crivo da regra de proporcionalidade para o âmbito do direito fundamental à reparação civil *ex delicto*, no sentido da garantia do mínimo existencial, que pugna por uma existência saudável e digna do vitimado necessitado.

Se existe mesmo um direito fundamental que suscita implicação da proporcionalidade em seu sentido amplo, é o da reparação civil *ex delicto*. Pois ela, a proporcionalidade, não só

inibe as medidas exageradas do Poder Público em face das garantias do mínimo existencial, mas a própria falácia da insuficiência de recursos orçamentários.

Com o crivo da regra de proporcionalidade em sua dimensão ampla, no âmbito do direito fundamental à reparação civil *ex delicto*, inibem-se as medidas do Poder Público exageradas ou que excedem os limites máximos legalmente necessários, para restringir ou declinar a vigência da garantia do mínimo existencial para o vitimado necessitado – a esfera da proibição do excesso –, bem como se impõe, ao Poder Público, a obrigação de agir, de tal sorte que a referida garantia não fique aquém do limiar mínimo legalmente permitido – esfera da proibição da insuficiência. Vejamos então a implicância do princípio da proporcionalidade em cada uma dessas esferas.

Para isso, ilustra-se, antes de mais, que, se pela proporcionalidade da proibição do excesso, o critério básico é o da seleção dos meios alternativos dentre os disponíveis em abstrato, os quais, além de auxiliarem na verificação do grau de adequação, devem ser humanamente benignos e contribuir com maior grau de intensidade para a garantia do mínimo existencial para o vitimado, conforme os objetivos albergados pela Constituição, já no sentido da proibição da insuficiência, tal meio adequado e necessário deve ser aquele meio capaz de inibir uma medida interventiva do Poder Público exagerada ou que delimite a garantia do mínimo existencial do vitimado, aquém do limiar inferior legal permitido.

É, justamente, pela sujeição dos atos interventivos ou restritivos do Poder Público em face da garantia do mínimo existencial para o cidadão vitimado necessitado, aos contornos dos limites máximos e dos mínimos legais permitidos, que a proporcionalidade, em sentido amplo, revela uma verdadeira justa medida.

Deve acentuar, ainda, que pelo preceito do limite máximo, emerge, em tese, uma obrigação jurídica *facere*, embora o Poder Público esteja impedido de exceder os limites superiores legais necessários. Pelo preceito do limiar mínimo, porém, temos uma obrigação *non facere*, na medida em que o Poder Público está proibido de deixar de garantir o mínimo existencial em benefício do cidadão vitimado necessitado, ou deixá-lo aquém do limiar mínimo legal necessário.

A diferença entre os dois preceitos em evidência, portanto, é que, pelo preceito do limite máximo, o Poder Público está em sua obrigação de conferir máxima garantia ao mínimo existencial do vitimado necessitado – dimensão positiva. Ao passo que pelo preceito do limite mínimo, a dimensão negativa, estará ele, o Poder Público, proibido de deixar de

garantir o mínimo existencial em benefício do vitimado necessitado, ou deixá-lo abaixo do limiar mínimo legal necessário.

Não custa sublinhar, também, que pela proporcionalidade em sentido *strito* da proibição do excesso, somente a vantagem que se obtém mediante a medida interventiva ou restritiva do Poder Público em face do direito fundamental em concreto deve compensar o sacrifício que esta implica para seu titular. Pela proporcionalidade em sentido *strito* da proibição da insuficiência, aplica-se o mesmo procedimento, porém somente uma importância maior conferirá prioridade à realização de um direito ou princípio em detrimento do outro *in concreto*. (LEIVAS, 2010)⁸⁰.

Seguindo essa lógica, implica que, em caso de escassez de recursos financeiros ou na falta de contemplação do direito fundamental no plano orçamentário anual, pela regra da proporcionalidade em sentido *strito* da proibição da insuficiência, quanto maior é o remanejamento dos recursos de outras áreas ou finalidades realizáveis com o tempo, maior deve ser a importância da realização do direito fundamental do cidadão necessitado *in concreto*.

Voltando para o âmbito do direito fundamental à reparação civil *ex delicto*, no sentido do mínimo existencial, atendendo que esse tem por escopo a realização da vida em sua ampla dimensão, significa que, pela regra da proporcionalidade em sentido *strito* da proibição de insuficiência, quanto maior é o remanejamento de verbas financeiras de áreas menos prioritárias ou de direitos realizáveis no tempo para os de caráter de urgência, cujo desfrute é momentâneo, maior será a realização da vida humana condigna, nesse caso, do cidadão vitimado necessitado.

Reforça-se, assim, o entendimento de que a reparação civil *ex delicto* de que dispõe o vitimado do Delito Rei é um direito fundamental eficaz e passível de aplicabilidade imediata ou direta.

Cumpra assinalar, por fim, que, muito embora o foco da presente proposta seja a reparação civil *ex delicto* ou assistencial, no sentido da garantia do mínimo existencial, a mesma admite, em última instância, a assistência em seu sentido amplo, em benefício do cidadão vitimado necessitado, ainda que cumulativamente àquelas.

Assim sendo, caso o Estado-juiz, após as análises dos pressupostos da proporcionalidade, em sua tríplice dimensão, constate que se encontram esgotadas todas as

⁸⁰ Paulo Gilberto Cogo Leivas. *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Coord.: Cláudio Pereira de Souza Neto [et al.]. 2ª tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 284. – “[...] quanto maior é o grau da não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior tem que ser a importância da satisfação do outro”.

possibilidades ou circunstâncias fáticas, sendo que as mesmas indicam sérios riscos de que a reparatória ou a garantia do mínimo existencial não seja levada a efeito, situação essa que poderá vulnerar ainda mais a vida do cidadão vitimado necessitado, nada obsta que se expeça uma medida assistencial em sentido amplo, em benefício do favorecido e se fiscalize a sua efetivação.

O direito à assistência em sentido amplo, tal como o direito fundamental à reparação civil *ex delicto*, no sentido do mínimo existencial, se sujeita também à regra da proporcionalidade em sentido amplo da proibição de insuficiência, pelo que o Estado-juiz, sempre que possível, está obrigado a optar pela medida que imuniza o vitimado necessitado da vitimação ou da situação da extrema pobreza e absoluta marginalização.

Assim, caso as circunstâncias fáticas apontem para o remanejamento de recursos financeiros, não sobra ao Estado-juiz outra opção a não ser a de expedir mandado competente, autorizando o remanejamento.

Essa obrigação é do Estado-juiz, pois o direito à assistência, em sentido amplo, independentemente da sua menção na Carta Magna, seu conteúdo pode ser deduzido no catálogo das normas dos direitos fundamentais e no princípio ético e deontológico da dignidade da pessoa humana, o qual informa e fundamenta a ordem jurídica constitucional.

Em suma, qualquer resposta jurídica proferida no âmbito infraconstitucional, principalmente no penal, atinente ao direito fundamental à reparação civil *ex delicto*, no sentido da garantia do mínimo existencial, que não tire obediência e fundamento dos princípios e valores que informam ou fundamentam a ordem jurídica, constitui tamanha afronta à própria Constituição democraticamente instituída e, por isso mesmo, seus efeitos devem ser extintos do âmbito jurídico.

6. CONCLUSÃO

De tudo quanto exposto, torna-se viável extrair algumas conclusões fundamentais:

A vítima do Delito Rei é o ser humano que suporta, de modo relevante, as consequências do delito que, além de nada contribuir para a sua materialidade, lhe acarreta imensa diminuição em seu direito fundamental.

No contexto sociotradicional da República da Guiné-Bissau, a reparação civil *ex delicto* visa, por um lado, mitigar o sofrimento, a dor da alma e restaurar, dentro do possível, os prejuízos suportados pela vítima ou sua família, bem como atenuar a pena por cabeça, se o infrator, e da expulsão ou ridicularização, se sua família. Por outro, inibir os atos de vingança, execuções, retaliação e extermínios, a pena de prisão como medida correcional, facilitar a reconciliação entre o infrator ou sua família com a comunidade à qual pertence, ou, ainda, com a vítima e sua família, se forem da mesma comunidade étnica.

No Estado Democrático, a vítima não se reduz apenas ao sujeito passivo titular do objeto material lesionado, isto é, “o morto”, mas a são também a família e dependentes necessitados, que dependiam do falecido para se manter, aos quais, além de nada contribuírem para a materialidade do delito, este lhes acarreta imensa diminuição em seus direitos fundamentais, como a vida saudável e digna, merecedores, portanto, de uma compensação *in pecunia* ou assistencial, como forma de mitigar o sofrimento, a dor da alma e restaurar, dentro do possível, a vida digna comprometida pelo delito.

No Estado Democrático, a vítima sujeito passivo do delito e mero informante ou espectador do *persecutio* criminal converte-se em sujeito de direito e ativo desse mesmo *persecutio*, capaz de não só fornecer e demonstrar as provas da materialidade do delito ou expressar a forma como experimentou o dano e traçar as formas para a sua recuperação, mas, e principalmente, viver e sentir-se seguro dentro do país que o viu nascer.

Quando o assunto é a efetivação dos direitos fundamentais ou a realização da vida condigna do ser humano, esse transcende a ordem jurídica interna de um determinado Estado e pressupõe um entrelaçamento entre várias ordens jurídicas, na busca de soluções humanamente justas. Daí que o ordenamento jurídico Penal e Constitucional brasileiro, principalmente o seu *persecutio* penal, denota hábil a oferecer valiosa contribuição, para que o Poder Público da Guiné-Bissau, através da sua competência legiferante, reconheça, em nível constitucional, à reparação civil *ex delicto* como direito fundamental da vítima ou de seus familiares necessitados e, com efeito, amoldar seu *persecutio* penal com o paradigma de

gestão de conflito criminal emergente, assente nos valores como os da inclusão, da paz jurídicosocial e da dignidade humana.

A reparação civil *ex delicto* no âmbito do Delito Rei é o ressarcimento *in pecunia* feito por uma pessoa a outrem para ressarcir-la pelos prejuízos que haja suportado em decorrência do delito, como forma de restaurar, dentro do possível, a sua vida saudável e digna ante o evento delituoso.

No âmbito do Delito Rei, a reparação civil *ex delicto* tem apenas o efeito da condenação que emerge em decorrência de violação de um bem cuja natureza é pública. Por isso, sequer o vitimado precisa sindicá-lo fora ou dentro do mesmo processo, sendo obrigação do magistrado, em caso de condenação do infrator e mediante a prova disponível, arbitrá-lo de ofício. Pois, é uma compensação havida pelos vitimados do Delito Rei, em decorrência de um ilícito penal que compromete ou subtrai seus direitos fundamentais a uma existência condigna, salvaguardados pela Carta Magna.

A dignidade da pessoa humana é princípio da hierarquia constitucional e implica um complexo de direitos e deveres fundamentais, os quais asseguram o ser humano contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como também as garantias de condições existenciais mínimas, para que o ser humano possa desfrutar a vida condignamente. Para o vitimado do Delito Rei, isto é, os familiares e dependentes necessitados, que dependiam do morto para se manter, representa seu respeito, proteção e fundamenta a relação entre ele e o Poder Público.

Por justiça, entende-se um ato *per lege e sub lege*, que confere, ao cidadão necessitado, seu direito salvaguardado por expresse ou implicitamente pela ordem jurídica constitucional, cujo objetivo precípua é a materialização dos direitos fundamentais de forma justa.

Se observadas todas as garantias que o Direito Penal moderno salvaguarda ao vitimado, mediante o tratamento humano e digno, a justiça penal não só será avaliada segundo a capacidade de fazer com que a responsabilidade seja assumida ou as necessidades que emergem em decorrência do delito sejam satisfatoriamente atendidas ou curadas, mas propicia condições para a materialização do direito justo.

O direito justo é o direito que mitiga o sofrimento, a dor da alma e restaura a vida saudável e digna (os interesses do vitimado), renova e reforça a vigência da norma penal lesionada e o princípio ético deontológico da dignidade da pessoa humana, o qual informa e fundamenta a ordem jurídica democraticamente instituída (os interesses do Estado) e contorna

a perturbação da paz social (os interesses da sociedade). Já direito legítimo é o direito que atende aos interesses de todos os envolvidos no evento Delito Rei, abre as portas para sua superação e facilita a reinserção social do infrator de forma mais segura.

É na possibilidade de fazer com que a realidade se torne justa, com a qualidade da reconstrução das relações éticas destruídas pela violência, na responsabilização de uns pelos outros, que a reparação civil *ex delicto* se legitima como alternativa eficaz para o paradigma assente no ideário da promoção de valores como os da inclusão, da paz jurídica e social, e da dignidade da pessoa humana, e que pugna pela responsabilização e efetivação dos direitos fundamentais.

A reparação civil *ex delicto* não visa minar a justiça criminal nem o cunho retributivo do Estado para a violação praticada, mas propõe, acima de tudo, torná-lo mais humano, igualitário, seguro e justo, haja vista a possibilidade de atender aos interesses de todos os envolvidos no conflito delituoso.

O modelo de reparação civil *ex delicto*, como fator restaurativo, representa uma visão do *persecutio* penal em que a responsabilidade objetiva do infrator já vem definida com a respectiva sentença, na condição de efeito da condenação, que se convola em título executivo judicial após o trânsito em julgado. Pugna, acima de tudo, pela satisfação de um interesse cuja natureza é pública e não meramente da esfera privada do vitimado.

A reparação civil *ex delicto* é mecanismo jurídico eficaz para a materialização do direito justo no sentido do que é legítimo, isto é, o direito que mitiga o sofrimento, a dor da alma e restaura a vida saudável e digna (os interesses do vitimado), renova e reforça a vigência da norma penal lesionada e o princípio ético deontológico da dignidade da pessoa humana, o qual informa e fundamenta a ordem jurídica democraticamente instituída (os interesses do Estado), contorna a perturbação da paz social (os interesses da sociedade), bem como possibilita a reintegração do infrator ao convívio social com maior segurança. Chega-se, assim, à verdadeira função da reparação civil *ex delicto* no Estado Democrático: a restauração da paz jurídica e social.

Para a obtenção da paz jurídica e social, é necessária a renúncia a uma visão de *persecutio* penal com foco demasiadamente centrado no infrator, para intimidar, ressocializar ou reintegrar ao convívio social, em prol de uma visão democrática, assente nos valores como os da inclusão, da paz jurídica e social, e da dignidade da pessoa humana, bem como a efetivação dos direitos fundamentais de todos os envolvidos no conflito delituoso criminal.

A reparação civil *ex delicto* não é uma mera faculdade, mas um direito fundamental que congrega valores e objetivos a serem alcançados pelo Poder Público, implicando, para este, uma postura firme no sentido de proteger e promover sua vigência, como também de remover quaisquer situações que possam comprometer a sua efetividade.

É um direito fundamental que está intimamente ligado ao mínimo existencial, principalmente o mandamento constitucional do bem-estar social, a solidariedade, a ideia de uma sociedade mais justa, livre e com menos desigualdade social, ou seja, a ideia de justiça social. Enfim, da redução da pobreza e da marginalização.

O direito fundamental à reparação civil *ex delicto*, tal como todos os direitos fundamentais, inibe os arbítrios do Poder Público ou condiciona sua atuação, renova e reforça a vigência dos valores e objetivos albergados pela Constituição. Portanto, tem aptidão para produzir seus efeitos jurídicos. Assim sendo, é plausível a sua aplicabilidade direta ou imediata, característica dos direitos fundamentais.

O direito fundamental à reparação civil *ex delicto* visa, acima de tudo, a realização do direito à vida, em cuja dimensão se destacam, entre outros direitos, o da alimentação, da integridade psicofísica e o da personalidade, cujos desfrutes não se podem transferir para um momento posterior. Assim, caso comprovada a escassez de recursos financeiros, o órgão do Poder Público ao qual é requerida a reparação civil *ex delicto*, no sentido da garantia do mínimo existencial, considerando que essa atina com a realização do direito à vida digna, é aconselhável se pautar pelo critério de prioridade das prioridades e remanejar as receitas destinadas à realização de um direito ou serviço menos prioritário, para os de caráter de urgência, cujo desfrute não se pode adiar, como, por exemplo, o direito à vida.

É o livre desenvolvimento da personalidade humana o objeto material que o direito fundamental à reparação civil *ex delicto* de que dispõe o vitimado do Delito Rei busca materializar. Portanto, somente a realização da personalidade do vitimado necessitada, deve legitimar uma resposta jurídica penal atinente ao direito fundamental à reparação civil *ex delicto*, devendo essa preceder quaisquer atos executórios da sentença condenatória transitada em julgado, haja vista que se atina com a realização do direito à vida saudável e digna, cujo desfrute não se pode adiar para um momento posterior.

A proporcionalidade é um princípio de carris constitucional cujo conteúdo está subentendido no regime do Estado Democrático, assente no princípio ético e deontológico da dignidade da pessoa humana, do qual se irradia todo o ordenamento jurídico, incluindo as normas dos direitos fundamentais.

O princípio da proporcionalidade representa, na atualidade, a justa medida para a verificação de quaisquer atos interventivos ou restrições do Poder Público exagerados em face dos direitos fundamentais, e assegura a realização dos mesmos em concreto, conforme os princípios que informam e fundamentam a ordem jurídica instituída.

O princípio da proporcionalidade, em sua dimensão de proibição do excesso, protege o vitimado necessitado, sem condições econômicas e financeiras mínimas para se manter, contra intervenções estatais desnecessárias ou excessivas. Já na sua vertente da proibição da insuficiência, inibe as investidas do Poder Público que possam piorar, ainda mais, a situação de necessidade do vitimado ou a levá-lo para abaixo da linha da pobreza e à marginalização.

Qualquer resposta jurídica proferida no âmbito infraconstitucional, principalmente no penal, atinente ao direito fundamental à reparação civil *ex delicto*, no sentido da garantia do mínimo existencial, que não tire obediência e fundamento dos princípios e valores que informam ou fundamentam a ordem jurídica instituída, constitui tamanha afronta à própria Constituição e, por isso mesmo, seus efeitos devem ser extintos do âmbito jurídico.

7. REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad.: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

AMARAL, Cláudio do Prado. *Reparação do dano e direito penal brasileiro* [Dissertação de Mestrado]. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002.

ARISTÓTELES. *Ética à Nicomaco*. São Paulo: Nova Cultura, 1996.

ARRUDA, Eloísa de Sousa. *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade da Pessoa Humana*. Org.: Jorge Miranda e Marco Antônio Marques da Silva. 2. ed., atual. e ampl. São Paulo: Quarter Latim do Brasil, 2009.

BAHIA, Saulo José Casali. *Responsabilidade Civil por Atos do Juiz*. Cord.: Sérgio Novais Dias e Saulo José Casali Bahia. Revista dos mestrados em Direito Econômico da UFBA. – nº 3, Jul. 1992/Jun. 1993. Salvador - Bahia: Centro Editorial e Didático da UFBA.

BAHIA, Saulo José Casali. *Responsabilidade civil do Estado*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

BARROSO, Luís Roberto. *Direito Constitucional Contemporâneo*. 1. ed., 3. tir. São Paulo: Saraiva, 2009.

BENTHAN, Jeremy. *Teoria das Penas Legais e Tratado dos Sofismas Políticos*. São Paulo: Edijur, 2002.

BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal*. Trad: Paulo José da Costa Júnior; e Alberto Silva Franco. Vol. II. - São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – Parte Geral*. Vol. 1, 13. ed., atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *Tratado de Direito Penal – Parte Especial*. Vol. 3, 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BITTENCOURT, Edgard Moura. *Vitimologia: a dupla penal delinquente-vítima, participação da vítima no crime, contribuição da jurisprudência brasileira para a nova doutrina*. São Paulo: Universidade de Direito Ltda., 1963.

BORSIO, Marcelo Fernando. *Reparação penal como forma de extinção da punibilidade em estelionato previdenciário cometido por beneficiários de fato* [Tese de Doutorado em Direito]. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2013.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 30 nov. 2014.

_____. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em: 30 nov. 2014.

_____. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em: 30 nov. 2014.

_____. *Lei nº 11.719/08*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11719.htm#art1>. Acesso em: 30 nov. 2014.

_____. *Lei nº 7.210/84*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11719.htm#art1>. Acesso em: 25 nov. 2017.

CALHAU, Lélío Braga. Vítima, justiça criminal e cidadania: o tratamento da vítima como fundamento para uma efetiva cidadania. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 8, n. 31, jul. /set. 2000. São Paulo: Revista dos Tribunais.

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

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Brançosos e interconstitucionalidade*. Itinerário dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

CARNEIRO, Walber Araújo. Escassez, Eficácia e Direitos Sociais. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA*. Salvador: Faculdade de Direito, EDUFBA, p. 383, jan./dez. 2004.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Controle judicial das Omissões do Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed., ver., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2013.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DA SILVA, Virgílio Afonso da Silva. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

DE MORAES, Alexandre. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*. 9. ed., atual. São Paulo: Atlas, 2013.

DE PLÁCIDO E SILVA, Oscar J. *Vocabulário Jurídico*. Atual.: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

DELMANTO, Celso. [et. al]. *Código Penal Comentado*. 7ªed. rev. Atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia*. O homem delinquente e a sociedade criminógena. 2. reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

FERNANDES, Antonio Scarance. *O papel da Vítima no processo criminal*. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

FERRAJOLI, Luige. *Derecho y garantías*. La ley del más débel. Madrid: Trotta, 1999.

FILHO, Sergio Cavalieri. *Programa de responsabilidade civil*. 12 ed. – São Paulo: Atlas S.A., 2015.

GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002.

GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

GOMES, Andreia Sofia Esteves. *Tratado Luso-Brasileiro da dignidade da pessoa humana*. Org.: Jorge Miranda e Marcos Antônio Marques da Silva. 2. ed., atual. e ampl. São Paulo: Quarter Latim do Brasil, 2009.

GUINÉ-BISSAU. *Constituição da República da Guiné Bissau de Dezembro de 1996*.

Disponível

em:

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaPesquisaCplp/anexo/guinebissau.pdf>>.

Acesso em: 10 maio 2016.

_____. *Código Penal/Decreto-Lei nº 4/93, de 13 de Outubro - Decreto-Lei nº 4/93, Suplemento ao B.O. nº 41, de 13 de Outubro de 1993*. Disponível em:

<[file:///C:/Users/Olivio/Downloads/Codigo%20Penal%20\(1993\).pdf](file:///C:/Users/Olivio/Downloads/Codigo%20Penal%20(1993).pdf)>. Acesso em: 10 maio

2016.

_____. *Código de Processo Penal. Decreto-Lei nº 5/93, de 13 de Outubro*. Disponível em:

<[https://www.unodc.org/res/cld/document/gbr/codigo-de-processo-](https://www.unodc.org/res/cld/document/gbr/codigo-de-processo-penal_html/Guinea_Bissau_Codigo_de_Processo_Penal_2007.pdf)

[penal_html/Guinea_Bissau_Codigo_de_Processo_Penal_2007.pdf](https://www.unodc.org/res/cld/document/gbr/codigo-de-processo-penal_html/Guinea_Bissau_Codigo_de_Processo_Penal_2007.pdf)>. Acesso em 10 maio

2016.

GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. *A autocolocação da vítima em risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ISBELLE, Sami Armed. *O Estado islâmico e sua organização: sistema político, sistema econômico, sistema jurídico, sistema penal, conceitos de Jihad*. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2007.

JAKOBS, Gunther. *Derecho Penal*. Parte geral. Fundamentos y teoría de la imputación. Trad.: Joaquin Cuello Contreras [et al.]. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S. A., 1997.

JÚNIOR, Vidal Serrano Nunes. *A Cidadania Social na Constituição de 1988*. Estratégias de Positivização e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais. São Paulo: Verbatim, 2009.

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

KRELL, Andreas J. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha*. Os (Des)Caminhos de um Direito Constitucional “Comparado”. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2002.

LAZARI, Rafael José Nadim de. *Reserva do possível e o mínimo existencial: a pretensão da eficácia da Norma Constitucional em face da realidade*. Curitiba: Juruá, 2012.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Coord.: Cláudio Pereira de Souza Neto [et al.]. 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

LISZT, Franz Von. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Trad.: José Hygino Duarte Pereira. Tomo II. Rio de Janeiro: F. Briguiet &C, 1899.

LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LOUREIRO, Cláudia Regina de Oliveira Magalhães da Silva. *A proteção universal dos direitos da personalidade* [Tese de Doutorado em Direito]. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2014.

MAUDUDI, Abul A'la. *O Islam: Um Código de Vida Para os Muçulmanos*. São Bernardo do Campo: Centro de Divulgação do Islam para a América Latina, 1989.

MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008.

MELLO, Eduardo Rezende. *Justiça Restaurativa*. Parte I. Org.: Renato Sócrates Gomes Pinto [et al.]. Ministério da Justiça, Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD. Brasília, junho de 2005. Disponível em: <http://www.unrol.org/files/Justice_Pub_Restorative%20Justice.pdf>. Acesso em: 17 ago. 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira [et al.]. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Tratado Luso-Brasileiro da dignidade da pessoa humana*. Org.: Jorge Miranda e Marcos Antônio Marques da Silva. 2. ed., atual. e ampl. São Paulo: Quarter Latim do Brasil, 2009.

MIRABETE, Julio Fabbrini; e FABBRINI, Renato N. *Código Penal interpretado*. 7. ed. São Paulo: Atlas S.A. 2011.

MOLINA, Antonio Garcias-Pablo de; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MONTORO, André Franco. *Introdução à Ciência do Direito*. 22. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MOREIRA, Aline da Matta. *As restrições em torno da reserva do possível*. Uma análise crítica. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

NEUMAN, Elias. *Victimologia*. El rol de la víctima en los delitos convencionales y no convencionales. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1994.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

NUCCI, Guilherme de Sousa. *Manual de direito penal: parte geral e parte especial*. 7. ed., ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

OLIVEIRA, Edmundo. *Vitimologia e o Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos Fundamentais Sociais: efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2008.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em: 26 maio 2016.

_____. *Resolução nº 2002/12*. Preâmbulo. Justiça Restaurativa. Disponível em: <<http://www.justica21.org.br/j21.php?id=366&pg=0#.UnPP9XDrw-k>>. Acesso em: 08 nov. 2013.

_____. *Resolução 40/34 de 29 Novembro de 1985*. Disponível em: <<http://www.un.org/documents/ga/res/40/a40r034.htm>>. Acesso em: 25 jul. 2012.

_____. *Resolução nº2200-A da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16 de Dezembro de 1966*. Disponível em: <<https://www.google.com.br/search?>>. Acesso em: 01 jun. 2015.

PALERMO, Pablo Galain. *La reparación del dano a la víctima del delito*. Valencia – Espanha: Tirant lio Blanch, 2010.

PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. *Justiça Restaurativa: Da Teoria à Prática*. 1. ed. São Paulo: IBCCRIM, 2009.

PERELMAN, Chaim. *Ética e Direito*. Trad.: Mária Hermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PERREIRA, Márcio Antonio Luciano Pires; OLIVEIRA, José Sebastião de. *Direito e pessoa humana*. Org.: Adriana Regina Barcellos Pegini. 1. ed. Maringá: Vivens, 2014.

PIEIDADE JÚNIOR, Heitor. Vitimologia: A assistência às vítimas de crime e de abuso de poder. *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*, v. 1, n. 8, p. 184, jul./dez. 1996.

PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales para el legislador. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2007.

PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal Brasileiro*. Parte geral. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

RAMIREZ, Juan Bustos; LARRAURI. *Presente Y Futuro de la Victimología*. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1993.

RIPOLLÉS, José Luis Díez. *A racionalidade das leis penais: teoria e prática*. Trad.: Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

RODRIGUES, Anabela Miranda. *A determinação da medida da pena privativa de liberdade*. Coimbra: editora Coimbra, 1995.

ROXIN, Cláus. *Derecho Penal*. Parte Geral. Tomo 1. Fundamentos. La Estructura de la teoria del delito. 2. ed. Trad.: Diego-Manuel Luzón Pena. Lisboa: Civitas, 1997.

_____. *Reflexões sobre a Problemática da Imputação em Direito Penal*. 3. ed. Trad.: Ana Paula Natscheradetz [et al.]. In: Problemas Fundamentais de Direito Penal. Lisboa: Veja, 1998.

SAMPAIO, Marcos. *O conteúdo essencial dos direitos sociais*. São Paulo: Saraiva, 2013.

SANTANA, Selma Pereira de. *Justiça Restaurativa: reparação como consequência jurídico-penal autônoma do delito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de Direito Constitucional*. Org.: Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. 2. ed., ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SCHMITD DE OLIVEIRA, Ana Sofia. *A vítima e o direito penal*. Uma abordagem do movimento vitimológico e do seu impacto no direito penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: Da erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos danos*. 5ª ed. São Paulo: Atlas S.A., 2013.

SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e a Mediação Penal: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SISSÉ, Lamine. *Direito no Islã: Um Olhar Hermenêutico à Luz da sua Tradição Cultural* [Art. Científico]. Universidade Federal da Bahia, 2013.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: em busca do direito justo*. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Ricardo Maurício Freire et al. *O direito fundamental à memória e à verdade*. Curitiba: Juruá, 2013.

TORRES, Heleno Taveira. *Direito e Administração Pública*. Estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro. Org.: Floriano de Azevedo Marques Neto [et al.]. São Paulo: Atlas, 2013.

UNIÃO EUROPEIA. *Resolução do Conselho Europeu n° 75*. Disponível em: <http://www.whiplashinfo.se/Europaradet/resolutioner/75_7/resolution_75_7.htm>. Acesso em: 05 nov. 2013.

_____. *Resolução n° 77 do Conselho Europeu*. Disponível em: <<http://www.gddc.pt/siii/docs/rar16-2000.pdf>>. Acesso em: 05 nov. 2013.

_____. *Recomendação n° 85 do Conselho Europeu*. Disponível em: <[http://polis.osce.org/library/f/2669/468/CoE-FRA-RPT-2669-ENRecommendation%20No.%20R\(85\)%2011.pdf](http://polis.osce.org/library/f/2669/468/CoE-FRA-RPT-2669-ENRecommendation%20No.%20R(85)%2011.pdf)>. Acesso em: 05 nov. 2013.

_____. *Recomendação n° 87 do Conselho Europeu*. Disponível em: <http://www.restorativejustice.org/legislative-assembly/15statutes-cases-regulations-and-recommendations-from-national-regional-and-intergovernmental-bodies/copy_of_europe/r87>. Acesso em: 05 nov. 2013.

_____. *Recomendação de 2006*. Disponível em: <<http://www.gral.mj.pt/uploads/documentos/abb160a200cd327e5734fb391d7d7e97.pdf>>. Acesso em: 05 nov. 2013.

_____. *Estatuto da Vítima*. Disponível em: <http://www.dgpj.mj.pt/sections/relacoes-internacionais/anexos/2001-220-jai-decisao/downloadFile/file/DQ_2001.220.JAI_Estatuto_da_Vitima.pdf?nocache=1199967111.5>. Acesso em: 05 nov. 2013.

_____. *Diretiva 2004/80/CE*. Disponível em: <http://www.apav.pt/portal/pdf/council_directive2004-80-ECPT.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2013.

_____. *Resolução n° 99*. Disponível em: <http://www.restorativejustice.org/legislative-assembly/15statutes-cases-regulations-and-recommendations-from-national-regional-and-intergovernmentalbodies/copy_of_europe/r87>. Acesso em: 05 nov. 2013.

_____. *Convenção Europeia Relativa à Indemnização de Vítimas de Infracções Violentas, aberta à assinatura em Estrasburgo em 24 de Novembro de 1983*. Disponível em: <<http://www.gddc.pt/siii/docs/rar16-2000.pdf>>. Acesso em: 31 maio 2016.

_____. *Decisão de 4 de julho 2002, do Conselho da União Europeia*. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/committees/libe/20030217/10575_02pt.pdf>.

Acesso em: 31 maio 2016.

VITOR, Janete Fernandes. *Justiça Restaurativa: uma abordagem à luz da criminologia no âmbito da execução da pena privativa de liberdade*. Disponível em: <http://www.fempapr.org.br/artigos/upload_artigos/janete%20fernandes%20vitor.pdf>.

Acesso em: 30 out. 2013.

ZAIDAN, Abdul Karim. *O Indivíduo e o Estado no Islam*. São Bernardo do Campo: Centro de Divulgação do Islam para a América Latina, 1990.