

OS DIREITOS DAS VÍTIMAS E DA SOCIEDADE E OS FINS DA PENA

Galtiênio da Cruz Paulino¹

Sumário: 1 Introdução. 2 Os fins da pena e o princípio da proporcionalidade. 3 A aplicação do direito penal e os direitos da vítima. 4 Conclusão.

1 · INTRODUÇÃO

A convivência pacífica entre os integrantes de uma sociedade pressupõe a limitação das liberdades individuais em face do interesse maior da coletividade, buscando proteger os valores sociais mais importantes. Essa ideia serve de fundamento para o poder punitivo estatal, que, por outro lado, deverá atuar de uma forma que restrinja minimamente os direitos individuais das pessoas.

Essa atuação minimamente restritiva pressupõe a observância dos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos, que os assegura um processo justo, baseado na dignidade da pessoa humana e no princípio da presunção de inocência. O Estado pressupõe um atuar negativo na defesa dos direitos fundamentais do acusado, que é enquadrado como um sujeito de direitos, não como um objeto processual (PAULINO, 2019).

Ocorre que, em um Estado Democrático de Direito, como é o caso do Brasil, a proteção dos direitos fundamentais deve ocorrer de maneira integral, não apenas sob a perspectiva do acusado, mas também da vítima e da sociedade, surgindo o dever de proteção estatal, que se obriga a agir em defesa de todos os direitos fundamentais envolvidos (BARATTA, 1999). Atualmente, “as liberdades individuais não podem mais ser vistas com tom absoluto ou contraditório para com os demais direitos fundamentais” (MAGALHÃES, 2010, p. 186).

Nesse cenário, a análise mais acertada a se fazer dos direitos fundamentais é com base na concepção que melhor adequa os conflitos intradireitos fundamentais e interdireitos fundamentais e entre os direitos fundamentais e os demais direitos protegidos no ordenamento jurídico (MORESO, 2005).

Sob essa perspectiva, em um regime democrático não são admissíveis decisões que possam macular direitos fundamentais, devendo ser escolhida a interpretação

1 Procurador da República. Ex-membro auxiliar do Procurador-Geral da República na Secretaria da Função Penal Originária no Supremo Tribunal Federal (2018/2019). Membro Auxiliar do Procurador-Geral da República na Assessoria Criminal no Superior Tribunal de Justiça. Doutorando em Direito pela Universidade do Porto – Portugal. Mestre em Direito pela Universidade Católica de Brasília. Pós-Graduado em Direito Público pela Escola Superior do Ministério Público da União. Pós-Graduado em Ciências Criminais pela UNIDERP. Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Paraíba.

que dê a melhor solução para os casos de conflito de direitos, não se adotando a falsa ideia de que as relações jurídicas decorrem, apenas, da contraposição entre os direitos e os deveres (HOHFELD, 2004).

É sob essa concepção holística de direitos fundamentais, englobando os direitos do acusado, da vítima e da sociedade, que se demonstrará ao longo desse artigo a necessidade de as penas impostas nas condenações penais atingirem seus fins, necessários para efetivação do direito da coletividade e da vítima a uma sociedade justa.

Para tanto, será realizada uma análise inicial sobre os fins almejados por meio da imposição de uma pena, que só serão atingidos por meio de uma sanção que se funda no princípio da proporcionalidade, necessário para que ocorra a proteção penal das vítimas de um delito.

2 · OS FINS DA PENA E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

A natureza social do ser humano necessita da fixação de regras voltadas à regulação das condutas socialmente relevantes, as quais irão constituir a denominada ordem social. Essa é incorporada pelas pessoas ao longo da vida por meio de um processo educativo, e sua violação “acarreta sanções, tais como o castigo familiar, a reprovação escolar, a proibição de frequentar uma missa ou de praticar um esporte coletivo” (JAPIASSU; SOUZA, 2016, p. 208).

Essas sanções, de natureza não penal, porém, representam uma forma de controle insuficiente para assegurar uma convivência harmônica em sociedade, necessitando-se da atuação do Estado para se restabelecer a harmonia. Essa restauração da ordem será realizada pelo Estado por meio das sanções penais. Nessa esfera, a ordem jurídica é composta, entre outros, pelo Direito Penal, que atua controlando comportamentos por meio das penas ou sanções penais.

É a natureza da sanção jurídica que distingue o Direito Penal das demais esferas jurídicas. Diferentemente das sanções cíveis, as sanções de natureza penal são voltadas para a reparação do dano e possuem caráter retributivo. Essas sanções são conceituadas por Japiassu e Souza como “a perda de um direito imposta pelo Estado em razão do cometimento de uma infração penal” (2016, p. 209).

A pena, porém, incidirá de diversas formas, a depender da configuração de Estado adotada. Em um Estado Liberal, o poder punitivo do Estado é limitado sob a perspectiva da retribuição. Nos Estados Sociais, a pena possui o fim de prevenção especial. Estados Sociais e Democráticos de Direito assumem uma perspectiva sancionatória de prevenção limitada. Esse *jus puniendi* se centraria em limites sustentados nas pilstras do Estado de Direito, do Estado Social e do Estado Democrático. A primeira barreira, inerente ao Estado de Direito, é o princípio da legalidade. A segunda, atinente ao Estado Social, está relacionada com a função de prevenção da pena, enquanto o Estado Democrático “obriga no possível a pôr o Direito penal a serviço do cidadão, o que se pode ver como fonte de certos limites que se associam ao respeito de princípios como os da dignidade humana, igualdade e participação do cidadão (PUIG, 2006, p. 94).

O princípio da legalidade impõe um contexto de segurança jurídica (todos conhecem previamente as condutas consideradas criminosas e as respectivas

penas) e de garantia política (crimes e penas devem ser admitidos pela sociedade) (PUIG, 2006, p. 106).

Por sua vez, os limites à pena impostos em um Estado Social resultam, inicialmente, do princípio da utilidade da intervenção penal, por meio do qual o Direito Penal é legítimo quando sua intervenção gerar utilidade para a sociedade. Isso sob o enfoque do princípio da necessidade, do princípio da subsidiariedade e do caráter fragmentário do direito penal. Além disso, a pena é limitada pelo princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos. O Direito Penal nos Estados Sociais volta-se para a proteção da sociedade por meio dos bens jurídicos tutelados e da cominação, aplicação e execução da pena (BATISTA, 2011, p. 113). Nos Estados Democráticos, os limites resultam dos princípios da humanidade, da culpabilidade, da proporcionalidade e da ressocialização (PUIG, 2006, p. 122).

Em razão dos diversos limites impostos pelas diversas formas de Estado, a pena assume inúmeras funções, que irão variar de acordo com a teoria adotada. Um primeiro grupo teórico a tratar dos fins das penas é formado pelas teorias absolutas, centradas na ideia de justiça. A pena assume um caráter eminentemente retributivo, com necessidade de punição de todos os responsáveis pelo cometimento de um delito. As teorias absolutas ou retributivas sustentam-se na ideia de que a culpabilidade do agente é compensada pela incidência de uma sanção penal. A pena é um pressuposto de justiça, bem como o meio capaz de restabelecer o direito violado (ROXIN, 1986, p. 16). Não há efeitos secundários da pena, que estaria voltada apenas para o presente, sem reflexos futuros. A pena é direcionada, especificamente, para o delito praticado.

Essas teorias advêm de uma concepção absolutista de Estado, identificado como soberano e cujo poder tem origem divina. Com a adoção do modelo liberal de Estado, a pena passou a ser adotada como retribuição à violação da ordem posta e, além disso, essencial para a restauração da ordem jurídica maculada. A pena assume exclusivamente a função de “fazer justiça”. Com a simples aplicação da pena, a justiça estaria feita (BITENCOURT, 2011, p. 119).

Em termos retributivos, a pena representa um mecanismo consequencial justo e equilibrado para a punição da conduta reprovável. Sempre deve haver uma relação de proporcionalidade entre o fato enquadrado como crime e a respectiva pena, tanto no momento da elaboração normativa como no da respectiva aplicação. Não é cabível, portanto, intervenções excessivas, nem por demais insuficientes.

Por outro lado, existem as teorias relativas, sustentadas em uma perspectiva utilitarista. Por meio dessas teorias, defende-se que a principal função da pena é prevenir que outros delitos venham a ocorrer, não a punição em si. A pena é voltada para efeitos futuros.

Essa perspectiva preventiva da pena se divide em duas espécies, a prevenção geral e a prevenção especial. Por meio da primeira, a sanção penal é direcionada à sociedade, em especial aos potenciais delinquentes, visando intimidá-los a não cometerem crimes. Por sua vez, a prevenção especial se volta para o autor do crime, para que não volte a praticar novos delitos.

A função preventiva da punição penal encontra-se, inclusive, consagrada no preâmbulo do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, na parte

“Decididos a pôr fim à impunidade dos autores desses crimes e a contribuir assim para a prevenção de tais crimes [...]” (BRASIL, 2002).

A prevenção geral leva em consideração os efeitos intimidativos da pena de maneira geral. Uma das principais críticas que essa teoria recebe é o fato de, em tese, não admitir a punição individual como forma de produzir efeitos sobre a sociedade. Tal noção atenta contra a dignidade do ser humano, que estaria sendo utilizado como mecanismo para um fim coletivo. A teoria da prevenção especial, por seu turno, não tem como escopo, a princípio, a punição do fato passado, mas a prevenção da prática de novos delitos por meio da ressocialização, a intimidação do agente responsável pelo delito e, em último caso, a privação da liberdade dos que não puderem ser corrigidos nem intimidados. Essa teoria é falha em razão de impossibilitar a delimitação do conteúdo do poder punitivo estatal, impossibilitando também a delimitação temporal da punição (ROXIN, 1986, p. 20).

A sistemática da prevenção também é dividida em positiva e negativa. A prevenção positiva é voltada para o restabelecimento da confiança no ordenamento jurídico, violada pela ocorrência do crime. A perspectiva negativa sustenta-se na ideia de que as penas têm a função de prevenir a prática de delitos (JAPIASSU; SOUZA, 2016, p. 211). É sob o viés positivo que se sustenta a defesa dos direitos da vítima, no que diz respeito à incidência das penas.

Por fim, surgem as teorias mistas ou unificadoras, que combinam as funções da sanção penal defendidas pelas teorias absolutas (retributividade) e pelas relativas (prevenção geral e especial). Trata-se da atuação da pena voltada para o passado (retribuição) e para o futuro (prevenção).

As teorias unificadoras centram-se nos pontos positivos das demais teorias, em decorrência das três formas pelas quais o Direito Penal se relaciona atualmente com o indivíduo: ameaça, imposição de pena e execução de pena. Cada uma dessas relações está associada à perspectiva de uma das teorias sobre a função da pena, o que justifica a unificação de todas. A ameaça, vinculada à cominação legal, tem relação com a prevenção geral. Por sua vez, a imposição de pena, atinente à sentença, diz respeito à teoria retributiva. Por fim, a execução da pena, referente à prevenção especial, deve ocorrer da maneira que melhor iniba o autor de um crime de voltar a delinquir.

A retribuição, a prevenção geral e a prevenção especial apresentam-se como fins da pena que devem ser perseguidos de maneira simultânea. Nenhum dos referidos fins, de maneira isolada, é capaz de determinar o conteúdo e os objetivos da pena.

É por meio da observância dos três fins da pena que será respeitado o direito fundamental da vítima à justiça. É, inclusive, sob a perspectiva de proteção dos direitos humanos, que a obrigação dos Estados de criminalizar e punir determinadas condutas se apresenta como uma forma de implementar uma efetiva proteção desses direitos, abarcando também os direitos das vítimas que foram violados.

A sanção penal se apresenta, desse modo, com uma finalidade específica, resultante dos fins gerais da pena, de justiça às vítimas. Essa função foi devidamente explicitada no Tribunal Internacional para a antiga Iugoslávia, no caso *Prosecutor v. Nikolic*, no qual restou consignado que as punições aos crimes cometidos também devem atender aos anseios das vítimas por justiça (2003).

Em termos internacionais, a proteção das vítimas, por meio da prevenção da violação de direitos humanos sob a perspectiva penal, está presente, de maneira

expressa, em alguns tratados internacionais de direitos humanos, como: Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis (artigo 4º), Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial (artigo 4º, *a*), Convenção Interamericana para Prevenir e punir a Tortura de 1985 (artigo 1º), Convenção Interamericana para Prevenir, Punir, e Erradicar a Violência contra a Mulher (artigo 7º, *d e e*), Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio (artigo 5º), Estatuto de Roma (artigo 6º – enquadra o crime de genocídio como delito internacional) e as quatro Convenções de Genebra de 1949 (consagram os crimes de guerra).

No Brasil, os seguintes diplomas normativos são apresentados como de efetiva proteção das vítimas: Lei n. 9.455/1997 (tortura), Lei n. 7.716/1989, Código Penal (art. 140, § 3º – preconceito), Leis n. 10.886/2004 e n. 11.340/2006 (violência contra a mulher), e Lei n. 2.889/1956 (genocídio).

A pena, ao ser imposta e executada, deve ser capaz de, ao mesmo tempo, atingir os fins expostos e de demonstrar a efetividade do Direito Penal e do Direito Processual Penal, consistentes na capacidade de restabelecer a ordem violada, de punir os infratores, de realizar a justiça em favor da vítima, bem como de prevenir que o infrator ou mesmo outros membros da sociedade venham a cometer novos delitos. Isso, ante a força persuasiva da pena e das referidas esferas jurídicas, em consonância com os anseios da sociedade.

A proteção internacional aos direitos humanos estabelece uma série de direitos e de obrigações para o acusado, ao tempo que impõe que as violações de direitos humanos sejam efetivamente punidas.

Nesse cenário, há, em nível internacional, uma estrutura normativa voltada à proteção aos direitos humanos que tem como foco a vítima. Nesse sentido, a Resolução n. 60/147 da Assembleia Geral das Nações Unidas de 2005 (ONU, 2005), que consagra princípios voltados à reparação das vítimas de graves violações de direitos humanos.

Não se pode olvidar que os direitos fundamentais têm duas dimensões. Os direitos fundamentais (ou direitos humanos) possuem uma dimensão subjetiva (os beneficiários da proteção são dotados de direitos subjetivos) e outra objetiva (deveres de proteção por parte do Estado). A primeira dimensão diz respeito aos direitos de proteção dos indivíduos e de exigência de respeito frente ao Estado. Por sua vez, a dimensão objetiva apresenta-se como um conjunto de regras que se impõe, normalmente ao Estado, com o fim de que os direitos dos indivíduos sejam implementados e se desenvolvam (RAMOS, 2016, p. 267).

Desse modo, os direitos fundamentais das vítimas, sob o viés da dimensão subjetiva, devem ser respeitados pelo Estado, assim como incumbe ao Estado a promoção dos direitos fundamentais destas, a qual, no caso de violação, ocorrerá por meio de uma punição que seja capaz de florescer os objetivos almejados pelas penas, prevenção geral, especial e punição.

Nesse diapasão, em um Estado Social e Democrático de Direito, deve-se sempre objetivar a proteção de todos os integrantes da sociedade (FISCHER, 2006). O direito penal e o direito processual penal devem se voltar, com a aplicação da pena, para prevenir a ocorrência de novos crimes, o que implica um contexto de garantia e de restrição de direitos fundamentais de todos os integrantes da sociedade,

inclusive dos indivíduos que violam as normas postas, protegendo-se, por conseguinte, os direitos fundamentais das vítimas.

Desse modo, para que ocorra *justiça à vítima*, possível por meio de uma sanção jurídica que atinja os fins a que se propõe, mostra-se necessário aferir a capacidade da sanção imposta de atingir seus objetivos por meio do princípio da proporcionalidade. Este princípio poderá melhor adequar os direitos fundamentais em conflito em um contexto de análise de uma prática delitiva.

O princípio da proporcionalidade engloba um aspecto positivo e outro negativo. Por meio do primeiro aspecto, proíbe-se a proteção deficiente de qualquer direito fundamental, comumente presente em decisões criminais desprovidas de efetividade; pelo segundo, há proibição de excessos, consistente no respeito do núcleo essencial dos direitos fundamentais. Por conseguinte, não se pode interpretar um direito fundamental como absoluto, principalmente quando há aparente conflito entre direitos fundamentais. Não se admite que os direitos fundamentais de um acusado se sobreponham aos direitos fundamentais da sociedade e da vítima.

O núcleo essencial dos direitos fundamentais do acusado, da sociedade e da vítima, em um contexto delitivo, deve sempre ser respeitado, sob pena de se incidir em uma grave violação de direitos fundamentais. Ao acusado, deve-se ao máximo buscar garantir seu direito à presunção de inocência, a um processo justo etc., ao mesmo tempo que deve efetivamente ser punido, no intuito de resguardar o direito à segurança da sociedade e à justiça da vítima.

Deve-se ter em mente que os próprios fins da pena – retributivo e preventivo (geral e especial) – só serão atingidos por meio de um processo eficiente que resguarde os direitos, deveres e garantias fundamentais dos envolvidos (acusado, sociedade e vítima).

3 · A APLICAÇÃO DO DIRETO PENAL E OS DIREITOS DA VÍTIMA

A violação da ordem jurídica, em razão da prática de um crime, deve ensejar, em regra, a punição do autor, por meio de uma sanção célere, equivalente à gravidade da conduta e que produza na sociedade a sensação de respeito à segurança pública e de justiça.

A aplicação dessa sanção deve passar por um procedimento persecutório penal que assegure ao acusado, em todas as fases, o respeito aos direitos e garantias fundamentais. Essa sanção deve ser *justa* para o acusado, para a vítima e para a sociedade.

Para o acusado, a *justiça* da sanção decorrerá da observância do devido processo legal, por meio do qual lhe serão assegurados, entre outros direitos e garantias fundamentais, o contraditório, a ampla defesa e a presunção de inocência. Essa presunção será respeitada por meio da não diferenciação por tratamento restritivo da liberdade antes de uma decisão condenatória, bem como da necessidade de ocorrer uma solução processual célere que ponha fim aos questionamentos à inocência do acusado presentes no curso de uma persecução penal.

Para a sociedade e para a vítima, ocorrerá *justiça* se, após o devido processo legal, o acusado for celeremente punido em condições equivalentes à violação à ordem jurídica que ocasionou. Essa punição deve ser aferida com base nos fins da pena que, caso atingidos, ensejarão a consagração da *justiça* em favor da sociedade e da vítima.

Essa *justiça* ainda só será possível, sem se olvidar dos direitos fundamentais do acusado, caso a pena seja capaz de retribuir a violação praticada pelo acusado, de retirar do acusado o anseio de praticar novo delito e de fomentar na sociedade a ideia de que a ordem jurídica não deve ser violada.

Para efetivamente atingir esses fins, a pena deve ser aplicada em consonância com o princípio da proporcionalidade, respeitando o núcleo essencial de todos os direitos fundamentais envolvidos, não apenas os do acusado, proporcionando uma proteção efetiva e evitando excessos de restrições desses direitos.

Essa perspectiva centra-se na sistemática da pena de prevenção positiva e negativa. Por meio da prevenção positiva, objetiva-se o restabelecimento da confiança da vítima e da sociedade na ordem jurídica, ao mesmo tempo que, sob o viés negativo, a pena deve prevenir a prática de novos delitos.

Portanto, os direitos fundamentais sempre devem ser analisados de maneira holística, inclusive em um contexto de violação da ordem sob a perspectiva criminal. Por conseguinte, deve-se restabelecer a ordem jurídica observando não apenas os direitos fundamentais do acusado, que deverão ser restringidos em proporção ao grau de violação ocasionado pela infração penal praticada. Além disso, a sanção penal a ser imposta deverá ser suficiente para fazer valer os fins da pena, necessários para que ocorra uma efetiva proteção dos direitos fundamentais da sociedade e do acusado. O direito de todos à justiça sempre deverá ser respeitado.

4 • CONCLUSÃO

Em um contexto de prática delitiva, deve-se levar em consideração o respeito aos direitos fundamentais de todos os envolvidos: acusado, vítima e sociedade. Uma visão monocular sobre os fatos, ou seja, de observância dos direitos fundamentais exclusivamente do acusado, ocasiona um contexto de grave violação dos direitos fundamentais dos demais personagens envolvidos, no caso a vítima e a sociedade.

A punição efetiva e eficiente de uma infração penal é uma forma de se fazer valer o direito fundamental da sociedade à segurança e o direito fundamental da vítima à justiça.

Par tanto, a sanção penal deve atingir seus fins – retributivo, de prevenção especial e de prevenção geral –, devendo ser fixada em consonância com o princípio da proporcionalidade, incidindo para evitar punição excessiva bem como proteção deficiente dos direitos envolvidos.

REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. La política criminal y el derecho de la constitución: nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, p. 89-114, n. 2, 1999.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão – causas e alternativas*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

- BRASIL. *Decreto n. 4.388*, de 25 de setembro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 6 ago. 2020.
- FISCHER, Douglas. *Delinquência econômica e estado social e democrático de direito*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006.
- HOHFELD, Wesley Newcomb. *Conceptos jurídicos fundamentales*. Trad. Genaro R. Carrió. 2. ed. México: Fontamara, 2004.
- JAPIASSU, Carlos Eduardo Adriano; SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Justiça de transição e os fins da pena. *Revista Brasileira de Direito*, v. 12, n. 2, p. 207-222, 2016.
- MAGALHÃES, Vlamir Costa. O garantismo penal integral: enfim, uma proposta de revisão do fetiche individualista. *Revista SJRJ*, v. 17, n. 29, p. 185-197, 2010.
- MORESO, José Juan. Sobre los conflictos entre derechos. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (Org.). *Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid: Trotta, 2005.
- ONU. Organização das Nações Unidas. *Resolução 60/147*, de 16 de dezembro de 2005. Disponível em: <http://direitoshumanos.gddc.pt>. Acesso em: 14 ago. 2020.
- PAULINO, Galtieni da Cruz. *A execução provisória da pena e o princípio da presunção de inocência*. Uma análise à luz da efetividade dos direitos penal e processual penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.
- PUIG, Santiago Mir. *Derecho Penal*. Parte general. 8. ed. Barcelona: Reppertor, 2006.
- RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 6. ed. Saraiva: São Paulo, 2016.
- ROXIN, Claus. Sentido e limites da pena estatal. In: *Problemas fundamentais de Direito Penal*. Lisboa: Vega, 1986. p. 15-17.
- TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA A ANTIGA IUGOSLÁVIA. *Prosecutor v. Nikolic*. Julgamento de 2 de dezembro de 2003, parág. 89-90. Disponível em: <http://www.icty.org/>. Acesso em: 2 ago. 2020.