

O COMBATE À IMPUNIDADE COMO DIREITO FUNDAMENTAL DA VÍTIMA E DA SOCIEDADE

THE FIGHT AGAINST IMPUNITY AS VICTIM'S AND SOCIETY'S FUNDAMENTAL RIGHT

Américo Bedê Freire Júnior

Juiz Federal Titular em Vitória-ES

Mestre em Direitos e Garantias Constitucionais Fundamentais pela Faculdade de Vitória

Doutor em Direitos Fundamentais pela Faculdade de Vitória



RESUMO

É fundamental reconhecer a existência de direito fundamental de combate à impunidade. O direito penal é um mal necessário. A ação penal privada subsidiária da pública tem também um caráter material de viabilizar o combate à impunidade. Não se pode naturalizar a impunidade como algo inerente ao sistema. Nenhum inocente condenado, mas também nenhum culpado impune é o equilíbrio esperado em um sistema que consiga proteger os direitos do réu, da vítima e da sociedade.

Palavras-chave: Dever de punir. Fundamentação do direito penal.

ABSTRACT

It is essential to recognize the existence of a fundamental right to fight impunity. Criminal Law is a necessary evil. The Subsidiary Private Criminal Complaint has also a material aspect of enabling fight against impunity. It is not possible to trivialize impunity as something inherent to the system. No innocent sanctioned and no guilty unpunished is the expected balance in a system that reaches to protect accused's, victim's and society's rights.

Keywords: Duty to Sanction. Criminal Law's Ground.

SUMÁRIO

1. Introdução: Contra a Expansão do Direito Penal e o Abolicionismo Penal. 2. O Direito Fundamental de Combate à Impunidade. 3. Conclusão.

Esse texto sobre penas no estado de Direito pertence a essa categoria. Ele trata de um tema que nenhum penalista racional jamais poderá admitir que algum dia seja esclarecido e que possa dar por resolvido. O sentido da pena estatal jamais será esclarecido de forma simplista e, como problema, jamais será resolvido. (HASSEMER, 2012, p. 336).

1 INTRODUÇÃO: CONTRA A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL E O ABOLICIONISMO PENAL

O direito penal é indispensável para que uma sociedade organizada possa tentar manter a ordem e a coesão social. Se é certo o fato de vivermos em uma democracia plural com respeito à diferença, o problema é que, infelizmente, a espécie humana não consegue conviver harmonicamente desde priscas eras.

O sequestro do conflito pelo Estado, com a proibição da autotutela, foi uma forma de tentar minimizar o dano social e familiar que seriam inevitáveis caso ocorresse um contínuo processo de vingança estabelecido na total ausência de Estado.

Atualmente, encontramos duas claras utopias. O abolicionismo pretende eradicar o direito penal e, de outro lado, pessoas acreditam que a expansão do direito penal será a solução para os problemas que afligem uma sociedade desigual e narcisa.

De fato, a virtude está no meio, no equilíbrio. Não se deve falar em omissão do direito penal, nem em excesso. Proporcionalidade e proibição de proteção insuficiente coexistem nessa tentativa de equilibrar o sistema.

O Brasil tem problemas gravíssimos na seara penal. Ao mesmo tempo em que tem um número preocupante de presos e processos, tem uma impunidade e uma cifra oculta e dourada de criminalidade avassaladora.

O objetivo desse texto é entender se o que chamamos de jus puniendi é realmente apenas um direito, uma opção do Estado ou se, em nosso sistema constitucional, podemos enxergar um direito da vítima e da sociedade para que haja, de fato, o combate à impunidade.

2 O DIREITO FUNDAMENTAL DE COMBATE À IMPUNIDADE.

Destaco que de fato existe, sim, um direito fundamental da vítima e da sociedade a uma efetiva punição àquele que comete crime.¹

Germano Marques (2000, p. 24), ao apontar um modelo ideal para o processo penal, define com precisão “que nenhum responsável passe sem punição (impunitum non relinquitur facinus) nem nenhum inocente seja condenado (innocentum non condemnari)”.²

1 Cabe frisar que esse direito de punir não se subsume à simples legalidade penal. É preciso que haja um controle material sobre os tipos de crime que realmente devem existir no ordenamento. A intervenção mínima, a fragmentariedade e a teoria dos bens jurídicos são limites ao legislador, que não pode criminalizar de qualquer modo. Todavia, quando presentes as condições que legitimam e justificam a criação do tipo penal, a impunidade não pode ser tolerada.

2 Douglas Fisher defende sistema parecido chamando-o de garantismo penal integral e destacando que: “Em síntese, do garantismo penal integral decorre a necessidade de proteção de bens jurídicos (individuais e também coletivos) e de proteção ativa dos interesses da sociedade e dos inves-

Não se pode construir um processo baseando-se, exclusivamente, no topos³ de que nenhum inocente seja condenado.

Sem dúvida, é fundamental a preocupação de evitar a condenação de inocentes, pois nada pode justificar e nem reparar a dor e o sofrimento de quem é injustiçado pela justiça penal.

Essa preocupação não legitima olvidar que também é um topos importante a ideia de que quem pratica o crime deve ser punido.

Existe apenas uma aparente contradição entre esses topos. Impedir a condenação de um inocente não significa, *sic et simpliciter*, que um culpado deve ficar impune. É possível compatibilizá-los⁴.

As regras processuais devem ser concebidas e lidas de modo que o Estado não possa condenar um inocente por questões ideológicas ou seletividade, ou por qualquer outro motivo ilegítimo. Ainda, não pode esse mesmo Estado ficar omisso, permitindo que um culpado zombe da vítima e da sociedade com sua liberdade conseguida a partir de pretensos direitos ou de um sistema que, a pretexto de impedir a condenação de um inocente, na prática, impede a condenação de um culpado.

A condenação de um culpado não é apenas um mal necessário. Ideal seria que o crime tivesse sido impedido, mas, uma vez praticado, a impunidade é uma segunda grave violação à ordem jurídica e aos direitos fundamentais. Por outro lado, a absolvição de culpados não é o preço para se viver em um Estado Democrático de Direito.

Não se deve ser tão leniente com a impunidade e nem tratar com normalidade o fato de o direito penal brasileiro não conseguir alcançar determinados setores tidos e/ou processados. Integralmente aplicado, o garantismo impõe que sejam observados rigidamente não só os direitos fundamentais (individuais e coletivos), mas também os deveres fundamentais (do Estado e dos cidadãos), previstos na Constituição. O Estado não pode agir desproporcionalmente: deve evitar excessos e, ao mesmo tempo, não incorrer em deficiências na proteção de todos os bens jurídicos, princípios, valores e interesses que possuam dignidade constitucional, sempre ocorrendo à proporcionalidade quando necessária a restrição de algum deles. Qualquer pretensão à prevalência indiscriminada apenas de direitos fundamentais individuais implica – ao menos para nós – uma teoria que denominamos de garantismo penal hiperbólico monocular: evidencia-se desproporcionalmente (hiperbólico) e de forma isolada (monocular) a necessidade de proteção apenas dos direitos fundamentais individuais dos cidadãos, o que, como visto, não é e nunca foi o propósito único do garantismo penal integral.” (FISHER, 2010, p. 48). Zunzunegui afirma também: “La noción garantista del proceso no puede seguir descansando unicamente en el respeto a los derechos del acusado. Es preciso integrar esta cosmovisión reduccionista con nuevas exigencias vinculadas a la defensa de los derechos a las víctimas. Para ello es preciso mitigar la patógena influencia de la teoría de los vasos comunicantes, según la cual una mayor efectividad de los derechos de las víctimas supone necesariamente un menoscabo de los derechos del imputado.” (ZUNZUNEGUI, 2006, p. 40).

3 Em sentido contrário à utilização desses topos no direito penal, Silva Sanchez afirma que: “Em todo caso, porém, a questão está na possibilidade de prescindir do sistema, no âmbito jurídico-penal, para utilizar em seu lugar apenas um conjunto de topos, para decidir a solução concreta de um problema de nossa disciplina. Diante das dificuldades que a tópica produziria em matéria penal, tão especialmente vinculada aos princípios de igualdade e segurança jurídica, a resposta à questão formulada no final do parágrafo anterior tem que ser negativa. De fato a tópica teve no âmbito jurídico-penal uma repercussão insignificante, se comparada com sua incidência no Direito Civil por exemplo.” (SÁNCHEZ, 2011, p. 136). É um grave equívoco excluir a tópica do Direito Penal e atualmente essa utilização vem sendo resgatada.

4 “Es preciso mitigar la patógena influencia de la teoría de los vasos comunicantes, según la cual una mayor efectividad de los derechos de las víctimas supone necesariamente un menoscabo de los derechos del imputado” (ZUNZUNEGUI, 2006, p. 40).

mais favorecidos da sociedade.

É certo que grassa profunda controvérsia sobre a finalidade da pena, sobre a necessidade de alguns fatos serem definidos como crimes⁵, sobre a importância de que o direito penal seja realmente, *ultima ratio*, fragmentário, que respeite o princípio da ofensividade. Por outro lado, superadas essas ponderações, subsistirão condutas que devem ser punidas penalmente, como por exemplo, homicídio, roubo, corrupção etc.

Os erros e excessos⁶, e não são poucos, de vários sistemas penais não justificam a sua extinção ou a adoção a priori de medidas que inviabilizem a condenação de culpados.

A grande vantagem da tópica para fundamentar a análise dos problemas penais é que, ao dar atenção ao problema, vai ao encontro da lógica penal de que não existem dois crimes iguais e que o direito penal é essencialmente direito penal do fato.

A preocupação com o estudo do caso e não partindo de ideias apodíticas⁷, ou de mera colagem de jurisprudências, permite um novo colorido na interpretação jurídico penal.

Esses topoi, que são necessariamente flexíveis, permitem que o operador do direito tenha a liberdade necessária para, verificando que naquele caso concreto o correto é, por exemplo, não punir o réu, tendo o julgador, então, poderes para deixar de aplicar a norma penal incriminadora de modo justificado.

Há, sim, o dever de declarar inconstitucionais, por exemplo, tipos penais que tenham por base a ideologia de determinado Estado, ou, como foi feito mais recen-

5 Em sentido contrário, afirmando ser inútil uma busca de coerência na formulação das leis penais, Nietzsche vai destacar que: “O que revelam as leis. – É um grave erro estudar as leis penais de um povo como se fossem a expressão de seu caráter; as leis não revelam o que um povo é, mas o que lhe parece estranho, estrangeiro, singular, extraordinário. As leis se referem às exceções à moralidade dos costumes; e as penas mais duras atingem o que está conforme aos costumes do povo vizinho; Assim, para os vaabitas há somente dois pecados mortais: ter outro deus que não o seu e – fumar (que eles chamam de “o modo infame de beber”). “E o assassinato e o adultério?” – perguntou, assombrado, o inglês que tomou conhecimento disso. “Deus é clemente e misericordioso!” – respondeu o velho chefe. – De modo igual, entre os antigos romanos havia a ideia de que uma mulher só podia pecar mortalmente de duas maneiras: cometendo adultério e – bebendo vinho. Catão, o Velho, achava que o beijo entre parentes se tornara costume apenas para manter as mulheres sob controle nesse ponto; pois um beijo significava: ela está cheirando a vinho? Realmente, mulheres flagradas com vinho foram condenadas à morte: e não simplesmente porque às vezes, sob o efeito do vinho, as mulheres são incapazes de dizer “não”; os romanos temiam sobretudo o espírito orgiástico e dionisíaco que vez por outra assolava as mulheres do Sul, quando o vinho era ainda novo na Europa: para eles aquilo era um monstruoso exotismo, que transtornava o fundamento da sensibilidade romana; era quase que traição a Roma a incorporação do estrangeiro.” (NIETZSCHE, 2012, p. 82). Defendendo não existir fundamento legítimo para o direito de punir, Zaffaroni afirma: “julgamos ter chegado o momento em que a doutrina penal do estado de direito deve deixar de legitimar a pena e o poder punitivo e reconhecer que este carece de racionalidade, pois canaliza um elemento racional como é a vingança. Se o saber jurídico penal decidisse ignorar a função do poder punitivo, reconhecendo sua irracionalidade e sua existência como mero *factum*, assumiria diante dele a nobre função de projetar normativamente sua contenção.” (ZAFFARONI, 2012, p. 404).

6 Vera Andrade sintetiza esses abusos ao afirmar que: “o poder punitivo estatal e o controle penal moderno se exercem seletiva e estigmatizantemente, ou, numa palavra, com recorte violentamente classista, racista, sexista e outros istas, quando não genocida.” (ANDRADE, 2012, p. 209).

7 Não há sentido falar em *primum verum* sobre tema tão gerador de conflitos e polêmico como é a questão da justificativa para o dever de punir do Estado.

temente no Brasil, quando ocorreu a utilização de direito penal para criminalizar condutas contrárias ao interesse da FIFA⁸.

Em nenhum momento se defende aqui uma punição pela punição ou poderes para além do respeito aos direitos fundamentais do investigado. É irrefutável que a tortura⁹ não pode ser admitida como prova e que existem limites para o Estado efetivar a busca de justiça ou de vingança, e, ainda, que não existe pena neutra¹⁰.

Definitivamente, não se pode cair no discurso de que os fins justificam os meios, até porque, como lembra Hannah Arendt (ARENDR, 2010, p. 286):

Falar de fins que não justificam todos os meios é cair em paradoxo, pois a definição de um fim é precisamente a justificação dos meios; e os paradoxos sempre indicam perplexidades, jamais as resolvem, e por isso jamais são convincentes. Enquanto acreditarmos que lidamos com fins e meios no domínio político, não poderemos impedir que alguém recorra a todos os meios para alcançar fins reconhecidos

O que se quer, então? Apenas que dentro das regras exista um julgamento justo, de modo que faça parte da justiça criminal que culpados sejam condenados.

É um grave equívoco vislumbrar que apenas o réu tem direitos fundamentais e que o Estado somente deve ser avaliado pela forma com que respeita os direitos fundamentais do réu. É inquestionável a importância desse respeito para a configuração de um Estado Democrático de Direito. Todavia, esse é apenas um lado da moeda que não esgota a obrigação do Estado para com a vítima e com a sociedade.

O lado do direito fundamental da vítima e da sociedade, de verem aqueles que efetivamente cometeram crimes serem punidos após o devido processo penal, é um direito fundamental relevante e deve inspirar a interpretação do sistema penal.

Silva Sánchez (2011, p. 91) relata, embora não sendo seguidor dessa corrente, que:

8 A lei geral da Copa de número 12.663/12 produziu a seguinte tipificação penal: “Art. 33. Expor marcas, negócios, estabelecimentos, produtos, serviços ou praticar atividade promocional, não autorizados pela FIFA ou por pessoa por ela indicada, atraindo de qualquer forma a atenção pública nos locais da ocorrência dos Eventos, com o fim de obter vantagem econômica ou publicitária: Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano ou multa.” Existe um bem jurídico que deva ser tutelado pelo direito penal nessa norma jurídica? Há o reforço de valores comuns na sociedade que precisam ser preservados através do direito penal? Ou é apenas a utilização do direito penal para proteger interesses econômicos da FIFA e de seus patrocinadores? Essa tipificação é de uma inconstitucionalidade solar. Definitivamente nenhum juiz penal no Brasil deveria aplicar essa norma.

9 Hannah Arendt destaca interessante visão sobre a tortura ao falar que esse instrumento de prova não podia ser aplicado aos cidadãos livres: “Os gregos derivavam sua palavra para tortura, *anagkai*, de necessidade, e não de bía, que era o termo usado para violência de um homem contra outro; e essa é também a razão do fato histórico de que, em toda a Antiguidade ocidental, a tortura, a necessidade que nenhum homem pode suportar, só podia ser aplicada a escravos, que, de qualquer forma, já estavam sujeitos à necessidade [...] A crença é de que ninguém pode inventar uma mentira sob tortura: ‘On croyait recueillir la voix même de la nature dans le crisis de la douleur. Plus la douleur pénétrait avant, plus intime et plus vrai sembla être ce témoignage de la chair et du sang .Wallon, *Historie de lésclavage dans l’antiquité*, i, 325)’. A psicologia dos antigos era muito mais cônica do que nós do elemento liberdade, de invenção livre, que existe na mentira. As necessidades introduzidas pela tortura supostamente destruíam essa liberdade e, portanto, ela não podia ser aplicada aos cidadãos livres.” (ARENDR, 2010, p. 160).

10 Pech destaca que “nestes últimos anos, emerge uma nova utopia, a utopia da pena neutra. Uma pena liberta de toda a referência ao sagrado, de toda a violência, de toda a paixão vindicativa, de toda a intenção moral e de todo o arbítrio na sua execução.” (GARAPON,; GROS; PECH, 2001, p. 139).

Por outro lado, contudo, aqui se apresenta a suposta necessidade de transformar o jus puniendi (direito de castigar) do Estado em um dever deste em face da vítima, que seria a autêntica titular do direito. No horizonte do debate aparece, em primeiro plano, a questão dos “delitos de impunidade” como fenômeno jurídico-político, embora a questão teórica obviamente transcenda a este. Mas é significativo que, ao final, a lógica do “dever de castigar” converta o Estado em “partícipe da lesão pública da justiça”, como se sugere. FLETCHER chega a afirmar literalmente que “o fato de deixar de castigar intencionalmente os agentes que, não obstante, mereceriam uma pena, leva a uma responsabilidade indireta pelo delito”.

A vítima não pode ser continuamente esquecida. O jus puniendi é um dever e não uma mera opção do Estado. A cláusula pétrea de nossa Constituição, que prevê a ação penal privada subsidiária da pública¹¹, reforça a lógica de que a vítima não deve tolerar e nem compactuar com a omissão do Estado no exercício do direito de punir.

Não se olvide da necessidade de prevenção, uma vez que a nossa Constituição prevê, no artigo 5º, caput, a segurança como direito fundamental, o que demonstra a necessidade de medidas preventivas também no combate à criminalidade.

Nesse diapasão, devemos sempre lembrar a importância para o direito da eleição das premissas que vamos adotar em nosso raciocínio jurídico, pois como Viehweg (2008, p. 99) destacou:

Esta simples e consequente dicotomia pergunta-resposta é, extraordinariamente, profícua e devemos nos esforçar em aprofundarmo-nos nela, vinculando-a com o atual curso de nosso pensamento. A referida dicotomia significa que em nossa disciplina tudo se orienta, de um modo reiterado e concludente, para a grande aporia fundamental, que encontra sua formulação na pergunta pelo ordenamento justo e conduz, cabalmente a entender o direito positivo, em sua função de resposta, uma parte integrante da busca do direito [...] Decisiva é antes a especial escolha das premissas que se produz como consequência de um determinado modo de entender o direito a vista da aporia fundamental.

O equívoco da teoria abolicionista¹² é partir da premissa de que o direito penal não serve para nada ou sustentar a lógica de a pena ser sempre injusta dizendo que o único caminho legítimo é ampliar direitos fundamentais do réu, até mesmo evitando a condenação do culpado. Essa tentativa de deslegitimar o sistema penal em nada contribui para uma maior proteção de toda a sociedade e da vítima.

Adote-se ou não a teoria dos bens jurídicos¹³, o fato é que o direito penal tem

11 Cabe destacar que para Sergio Demoro Hamilton essa ação é um exemplo de ação penal popular, podendo qualquer pessoa do povo promover a ação penal privada subsidiária da pública. Essa posição reforça a lógica do direito de punir pertencente a toda a sociedade. Sergio Demoro afirma ainda no mesmo artigo em tom provocativo: “Só o réu tem direitos humanos! E as vítimas e suas famílias como ficam? Bem, estas, que se virem, perdoem-me o tom pouco acadêmico. É chegada a hora de criar-se uma pastoral para as vítimas de crime!” (HAMILTON, 2002, p. 12).

12 Os principais autores abolicionistas eram Louk Hulsman, Nils Christie e Thomas Mathiesen. Nils Christie mudou de opinião na sua obra, afirmando que “O abolicionismo, em sua forma pura, não é uma posição alcançável. Não podemos abolir totalmente o sistema penal [...] o que mais me toca pode ser chamado de minimalismo”. Ele está próximo do abolicionismo, mas aceita que, em certos casos, a pena é inevitável (CHRISTIE, 2011, p. 130).

13 Grassa profunda controvérsia na doutrina sobre a utilidade da teoria dos bens jurídicos como

uma missão nobilíssima de proteção. É certo que não é a panaceia para todos os males e que não tem poderes para mudar a natureza humana, bem como não pode servir a interesses escusos de grupos econômicos ou dos detentores do poder. Não se pode criar, todavia, uma nova aporia com a eliminação do sistema penal.

A aplicação da sanção, após o devido processo penal, é um direito fundamental da vítima¹⁴ e da sociedade, faz parte do processo civilizador que impediu a vingança privada e é uma promessa e dever do Estado. Paul Ricoeur (RICOEUR, 2008, p. 184), com precisão, lembra que: “É na estrutura do processo, tal como este deveria desenrolar-se num Estado de Direito, que se deve buscar o princípio da separação entre vingança e justiça”.

O processo penal passa a ter um papel fundamental. Não se admite qualquer forma de processo, como bem destacou João Silvério Junior (2014, p. 74):

O processo penal neste contexto ganha relevância exatamente por constituir a técnica de engano de violência, já que o seu propósito é substituir a vingança pela argumentação compartilhada das palavras. Para que essa violência seja aceita e se interrompa o ciclo infinito de mimese é preciso uma metamorfose. Substitui-se um modelo monologante por um dialogante.

Não se pode ver o Estado apenas como inimigo e violador de direitos fundamentais. É indispensável que o Estado assuma um papel ativo no combate à criminalidade não reproduzindo a violência, mas atuando com sabedoria, a fim de realizar uma seletividade adequada a partir dos bens jurídicos mais relevantes, e não determinada pela condição econômica do réu.

A impunidade é uma falha do sistema que o deslegitima e não traz para a vítima e para a sociedade a resposta adequada à agressão sofrida, fazendo com que se diminua a credibilidade no sistema. Ademais, cria-se uma sensação de imunidade no autor do crime, que se vê livre e com a impressão de que poderá repetir atos criminosos, porque nada lhe acontecerá.

Não podemos olvidar, também, que existe na Constituição a previsão de mandados de criminalização¹⁵ e que o princípio da vedação de proteção insuficiente¹⁶ impede, do ponto de vista do direito posto, a tese abolicionista do direito penal, bem como uma legislação leniente e tolerante com a impunidade.

fundamento e limite do poder punitivo do estado penal. A própria teoria tem subdivisões aqueles que defendem que a Constituição é a única fonte dos bens jurídicos e a visão mais ampla de que existem bens jurídicos para além da Constituição. Chamando ou não de bem jurídico é inegável que o direito penal não pode ser um mero capricho de legisladores ou a tentativa de imposição ideológica de determinado Estado.

14 Zunzunegui afirma que: “Una adecuada participación de las víctimas en el proceso no debe entenderse como una mera concesión sino como un derecho genuino y originario. El proceso debe garantizar un espacio de acogida y atención a las víctimas.” (ZUNZUNEGUI, 2006, p. 35).

15 Diversas Constituições do mundo ocidental, notadamente aquelas que erguidas no segundo pós-guerra, albergaram obrigações (mandados) de penalizar. A Constituição do Brasil (1988) aderiu a essa metodologia, agregando ao texto constitucional algumas cláusulas que impõem ao legislador a edificação de tipos penais que se disponham a coibir determinadas condutas. Em menor intensidade, igualmente despontam mandados de penalização das Constituições da Espanha, Itália, França e Alemanha (FELDENS, 2005, p. 80).

16 O STF já reconheceu a aplicação desse princípio na seara penal em mais de uma ocasião. Recentemente, quando entendeu que a exigência de representação para o crime de lesão corporal leve previsto na lei Maria da Penha consubstanciava uma proteção insuficiente. Ver informativo 654 do STF.

Por fim, devemos lembrar uma história (ZIZEK, 2008, p. 09) acerca de um trabalhador suspeito de furtar no trabalho:

Todas as tardes, quando sai da fábrica, os vigilantes inspecionam cuidadosamente o carro de mão que ele empurra, mas nunca encontram seja o que for. Até que, um dia, descobre-se a trama: o que o trabalhador rouba (sic) são carros de mão.

O Direito Penal atual também vem errando o foco ao se esquecer da vítima e da sociedade e olhar apenas para o réu. É preciso recuperar os direitos da vítima, chegando alguns autores a destacar o principio *in dubio pro victima*¹⁷.

A impunidade não deve ser tolerada tão facilmente, e é preciso encontrar uma justa medida de respeito a direitos fundamentais do réu e da vítima, não se admitindo que o pêndulo fique só em um lado, fazendo com que a vida em sociedade seja menos angustiante.

Para concluir esse tópico, há de se lembrar Tobias Barreto (2004, p. 161), que afirmou com precisão:

Há homens que tem o dom especial de tornar incompreensíveis as cousas mais simples deste mundo, e que ao conceito mais claro que se possa formar sobre esta ou aquella ordem de factos, sabem dar sempre uma feição pela qual o axioma se converte de repente em um enygma do esphinge [...] o direito de punir é uma necessidade imposta ao organismo social por força do seu próprio desenvolvimento. A theoria que por mero gosto de levantar pontos de interrogação, onde já existem pontos finais, ainda problematiza esse direito, intuitivo e liquido, é irmã daquela outra que tinha coragem de perguntar com todo o serio, se não era possível a existência de uma nação ou de um estado sem território próprio, verdadeira extravagância, que hoje difficilmente ocupará a atenção de um espírito desabusado.

3 CONCLUSÃO

O direito penal na época das incertezas: da vingança incivilizada, passando pelo processo até o resgate da vítima.

Não existe um único modelo de direito penal. É possível reconhecer até a existência fática de tribunais do crime¹⁸, o que me parece uma contradição em ter-

17 “Se ha afirmado que el acto de hacer justicia tanto al acusado como a las víctimas, es la finalidad básica del Tribunal. Estimo, más bien, que la tarea prioritaria de los órganos jurisdiccionales es la obtención de una respuesta justa para las víctimas en un espacio institucional respetuoso con las garantías del victimario. La pupila judicial debe percibir el mensaje de las víctimas, pues sólo a partir de la comprensión de lo que ellas significan puede cimentarse la idea de justicia. Por ello, tiene pleno sentido la propuesta de BERISTAIN, centrada en buscar en la cosmovisión judicial un acomodo para el principio ‘In: dubio pro víctima’. No se trata de poner en tela de juicio el paradigma ‘pro reo’ en el campo de la prueba; se busca, más bien, hacer presente a los jueces que cada una de sus decisiones debe estar gobernada por la comprensión del significado de las víctimas, dado que la injusticia por las víctimas padecida, es el punto de partida de la justicia por los jueces buscada. En términos axiológicos, constituiría un modelo de discriminación positiva coherente con una justicia que ofrece al que sufre una injusticia la máxima protección pensable – en términos de eficiencia – y posible – en términos de garantía -. En palabras de JANKELEVITCH, La justicia está para dar a la debilidad el suplemento de fuerza que necesita; sin la justicia las desigualdades abandonadas a si mismas crecerían sin descanso. Comprendida y vivenciada de esta manera, no se priva a las víctimas de esperanza en la justicia” (ZUNZUNEGUI, 2006, p. 36).

18 Sem pretensão de esgotar o tema, cabe mencionar, ainda, um terceiro tipo de ‘Justiça Penal’,

mos, uma vez que não se pode chamar de direito penal um julgamento e uma sanção não previstos na lei do Estado.

Não se deve ser pessimista. Sempre é possível aperfeiçoar o sistema. Cabe lembrar as palavras de Falcone (2012, p. 170):

Isso demonstra que, mesmo com o nosso arsenal legislativo complexo e frequentemente contraditório, é possível impor uma verdadeira ação repressiva na presença de crimes sem autor e inquiridos sem provas. Sempre podemos fazer alguma coisa: máxima que deveria ser gravada na cadeira de todo magistrado e de todo policial. Para evitar que se refugiem comodamente no lugar-comum de que a máfia, sendo antes de tudo um fenômeno socioeconômico - o que é verdade -, não possa ser reprimida de modo eficaz sem que ocorram mudanças radicais na sociedade, na mentalidade e nas condições de desenvolvimento. Reafirmo, ao contrário, que sem a repressão não se restabelecerão as condições para um desenvolvimento ordenado.

O nosso artigo 5º da CF não deixa dúvidas ao prever a ação penal privada subsidiária da pública como meio de propor uma demanda toda vez que a ação pública não for proposta no prazo legal. É possível reconhecer, então, nessa possibilidade de movimentação da máquina processual pela vítima, o reconhecimento material do direito da vítima de combate à impunidade.

A inércia do MP não é tolerada. O constituinte transfere a possibilidade de iniciar a ação, colocando como direito fundamental a ação movida pela vítima¹⁹ ou por qualquer pessoa da sociedade como forma de evitar a impunidade.

A regra constitucional tradicionalmente era lida apenas em seu aspecto processual como uma regra de titularidade, mas veja que ela interfere como uma exceção no artigo 129, inciso I, da CF, com o peso de ser uma cláusula pétrea.

Há um conteúdo material na regra da ação penal privada subsidiária da pública, que é a ideia de um direito fundamental de combate à impunidade.

Uma questão interessante é como compatibilizar esse direito com a justiça penal consensual. Efetivamente, a justiça penal consensual aplica pena, não se tratando de uma forma de impunidade, razão pela qual não se pode argumentar no sentido de ser essa modalidade uma exceção ao direito de combate à impunidade.

Nas hipóteses em que são negociados acordos de imunidade, deve ser cláusula obrigatória a reparação do dano à vítima. Deveras, a vítima é a verdadeira titular do direito de punir, que é transferido ao Estado para civilizar o castigo²⁰.

exercida por modelos informais de natureza não estatal, ou melhor, atuante no vazio estatal. Referimo-nos aos 'Tribunais do Crime' em que há estrutura com órgãos de julgamento diversos, com graus hierárquicos e competências variáveis de acordo com a gravidade das infrações. O rito prevê o 'debate', que é a sessão de julgamento, com testemunhas, 'advogados de defesa' e 'promotores de acusação'. Faz-se registro com atas de julgamento, que contam com um campo para dados dos acusados. Há um relatório do caso e a sentença, que também são assinados pelos próprios julgados, numa espécie de aceitação ou anuência das decisões dos julgadores. Das decisões não cabe recurso. Esses tribunais, que no início julgavam apenas disputas entre presos integrantes das facções criminosas, passaram a julgar também 'pequenas infrações' que envolvem comerciantes e moradores de bairros dominados pelo crime organizado". (BADARÓ, 2017, p. 141-142).

19 Sérgio Demoro Hamilton e alguns autores reconhecem que há a possibilidade de se reconhecer uma ação penal popular nesse caso. De fato o artigo 5º não restringiu a vítima. Em se tratando de um direito fundamental de todos é interessante a tese de que se trata de uma ação penal popular.

20 Rene Girard destaca que: Não há, no sistema penal, nenhum princípio de justiça realmente di-

Desde tempos imemoriais²¹, foi necessário estabelecer sanções. Não há prazer em punir, nem o *schadenfreude*. Apenas há o cumprimento de um dever constitucional para com a vítima e a sociedade. A humanidade precisa de ordem para que consiga viver em sociedade. A esperança em uma paz eterna sem qualquer possibilidade de sanção jurídica para aqueles que são infratores é uma utopia não aceita nem mesmo pela religião.

O processo penal é, simultaneamente, o escudo e a espada, como lembrado

ferente do princípio de vingança. O mesmo princípio funciona nos dois casos: a reciprocidade violenta, a retribuição. Ou esse princípio é justo e a justiça já está presente na vingança, ou então não existe justiça em lugar nenhum. A língua inglesa afirma, sobre aquele que executa sua própria vingança: *he takes the law into his own hands.. fez justiça com as próprias mãos* “ (GIRARD, 1990, p. 28).

21 Galdino Siqueira já destacava no império que : Em todos os tempos e em todos os povos, a pena ou um subrogado da pena é um facto constante, evoluindo sempre com o mesmo caracter, a principio como sanção de quasi todas as relações juridicas, moraes e religiosas, indistinctamente englobadas, e depois restringindo-se, com a diferenciação dessa relações, a determinadas relações juridicas, abrandando-se successivamente, em correspondencia com o estado social da communhão, tornando-se mais humana, mais individual. Nos aggregados sociaes de estrutura familiar, isto é, nos aggregados que repousam sobre a comunidade de sangue e relações de parentesco, que precederam á fundação do Estado (horda, gens e tribu), vamos encontrar as manifestações primitivas da pena, na forma principal da privação da paz social ou proscricção, quando é infligida como punição do membro da tribu que na sua intimidade se fez culpado para com ella ou para com os companheiros, ou na forma da vingança de sangue, quando infligida como punição do estranho que veio de fóra invadir o circulo do poder e da vontade da sociedade ou de algum de seus membros.

Em um ou em outro caso, a pena apesenta-se, desde as primeiras phases do seu desenvolvimento, como uma reacção que, conquanto não seja claramente consciente nem claramente querida, é todavia exercida de facto em nome do direito; é reacção social contra acções anti-sociaes.

Carece consequentemente de fundamento a opinião muito generalisada, segundo a qual a pena tem a sua origem no instinto da conservação individual, que se manifesta como instinto de vingança. E' o grupo a que pertence o offendido, quem se vinga, não contra o offensor simplesmente, mas contra o grupo de que este faz parte.

A privação da paz social, a *vindicta* não é, pois, simples reacção do indivíduo, mas reacção do aggregado social contra acções anti-sociaes (FRANZ VON LISZT).

A explicação deste facto, diz JOSÉ HYGINO, está em que na infancia das sociedades o individuo nada é fora do seu grupo; a renuncia á vingança seria uma especie de suicidio para o individuo e consequentemente para a familia.

Mas semelhante reacção, por isso mesmo que era entregue aos interessados, exercendo-se arbitrariamente, e como nota IHERING, juntando-se assim á injustiça existente uma injustiça nova, devia ceder logo á lei da ordem.

A primeira limitação imposta, assim, pela necessidade e sob o influxo do sentimento de justiça, embora impreciso, de que é manifestação, veio do talião, fixando-se mais ou menos equipollentemente o mal que era permittido infligir ao offensor.

A segunda limitação veio da composição ou indemnisação que o delinquente devia pagar á familia offendida, em troca da qual lhe era guardada e aos seus parentes a paz social.

A principio facultativa, tornou-se obrigatoria, pela intervenção da autoridade, que de arbitro que era entre as partes contendoras, passa á posição de juiz.

O preço do resgate a pagar (*compositio*, de *componere*, contribuir) é, então, fixado uma vez por todas entre os membros da colectividade e graduado conforme a gravidade da lesão e qualidade do aggressor. Encontramos a constatação desses usos nas leis de MOYSÉS (Levitico, cap. XXXIV, 19, Exodo, cap. XXI 28), na Illiada, de HOMERO, verso 623, na primitiva phase do direito romano (Gaius, III, § 223), nas leis dos povos germanicos, que primeiramente pelos alanos, e depois pelos wisigodos, transplantaram taes usanças para a Lusitania. Elevando-se assim o poder publico acima dos grupos familiares, subordinando-os aos fins sociaes, creando-se dest'arte o Estado, como ultima forma do desenvolvimento da vida collectiva, a principio pouco coheso, mal seguro, depois lentamente se definindo distinctamente, com fins proprios, munido de força precisa, a concepção da pena como direito privado, cede logar á concepção política, que vae imperando successivamente, transformando o poder represivo em direito publico de punir.” (SIQUEIRA, 2003, p. 22-23).

em uma brilhante metáfora²². Há obrigações penais e mandados de criminalização, bem como existe um direito de combate à impunidade.

A pena deve ser uma conseqüência lógica e inexorável da prática de crimes. É certo que o retribucionismo²³ é a principal, ou até mesmo a única, função da pena. A impunidade gera uma desconfiança no sistema, estimulando a volta da barbárie com a realização de atos de justiça privada pela vítima e pela sociedade, bem como a omissão estatal fornece a sensação de que vale a pena violar a lei.

Por essas razões, é indispensável que seja reconhecida a existência de um direito fundamental de combate à impunidade.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira. **Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão**. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

22 Noção de que o empenho internacional na afirmação dos direitos humanos dependia também de se reconhecer obrigações de caráter positivo a cargo dos Estados membros, destinadas a superar eventuais obstáculos internos que possam significar contenção, ou mesmo impedir a fruição plena dos direitos do homem, e que, em muitas situações, a atuação estatal deveria se dar pelo instrumento penal, levou a se reconhecer uma dupla função dos direitos humanos na relação com a justiça penal. Em reconhecida figura de linguagem, refere-se à justiça criminal com a dupla função de servir como escudo e como espada dos direitos fundamentais. Assim, o direito penal precisa ser visto também como instrumento fundamental de proteção integral dos direitos – e também dos deveres – fundamentais. As expressões são mencionadas, por ex., por TULKENS, Françoise. The paradoxical relationship between criminal law and human rights. *Journal of International Criminal Justice*, Oxford, vol., n° 3, p. 578, July 2011, a qual atribui a origem da locução: “the dual ‘shield’ and ‘sword’ function of criminal justice” a uma exposição feita pela ex-juíza da Corte Penal Internacional Christine Van den Wyngaert em 1995. Com senso diverso, apenas pela ótica da pessoa ofendida, ou seja, no sentido de que o processo opera tanto como fundamental instrumento de proteção e mecanismo destinado a satisfazer o ensejo de justiça, mas que pode também reproduzir uma experiência traumática a vítimas vulneráveis, a exigir, assim, que a vítima seja protegida “pelo” e “do” processo, funcionando, portanto, como: “Lo scudo e la spada”, é o título da obra ALLEGREZZA, Silvia et al., *Lo scudo e la spada, esigenze di protezione e poteri delle vittime nel processo penale tra Europa e Italia*. Torino: G. Giappichelli, 2012. (FISCHER, 2018. p. 13-14).

23 Michael MOORE, que propõe uma leitura de KANT bastante similar, responde a esta pergunta de modo decididamente afirmativo. Ele formula o que ele chama de <<exemplos como o da ilha>>, com a finalidade de confirmar que a retribuição apresenta um valor moral intrínseco. Um desses exemplos é o do estuprador Chaney, que após um acidente perde completamente a libido, de modo que está excluído qualquer perigo de que ele venha a repetir o fato. Necessidades preventivo-especiais seriam, assim, inexistentes. Além disso, seria possível simular uma punição, de modo que a sociedade acreditasse que Chaney está, de fato, sendo punido, o que inclusive acarretaria custos menores do que a real punição. Assim, tampouco haveria necessidade preventivo-geral de punir. O que dizem, porém, nossas intuições? Julgaríamos correto deixar Chaney impune? A maioria das pessoas a quem narrei esse exemplo – pouco importando se de origem europeia, sulamericana ou asiática – considera que há algo errado em deixar Chaney impune. MOORE diz que quem assim pensa é um <<retributivista do armário>> (“closet retributivist”) – e insta a que essas pessoas saiam do armário e assumam sua identidade. MOORE menciona outros exemplos, e não parece difícil acrescentar alguns mais à lista. Talvez boa parte das situações que, especialmente no direito penal internacional, se discutem sob o impreciso e emocional termo da impunidade, tenham estrutura similar ao de casos da ilha.” (GRECO, 2012, p. 269).

BARRETO, Tobias. **Estudos de Direito**. Brasília: Senado federal, 2004.

BADARÓ, Gustavo Henrique. A colaboração premiada: meio de prova, meio de obtenção de prova ou um novo modelo de justiça penal não epistêmica?. In: BOTTINI, Pierpaolo Cruz; MOURA, Maria Thereza de Assis (Coord.). **Colaboração Premiada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

CHRISTIE, Nils. **Uma razoável quantidade de crime**. Rio de Janeiro: REVAN, 2011.

FALCONE, Giovanni. **Coisas da Cosa Nostra: a máfia vista por seu pior inimigo**. Rio de Janeiro: Rocco, 2012.

FELDENS, Luciano. **A Constituição penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FISHER, Douglas. O que é garantismo penal integral. In: CALABRICH, Bruno; FISHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (Org.). **Garantismo Penal Integral**. Salvador: Jus Podium, 2010, p. 48

FISCHER, Douglas., PEREIRA, Valdez Frederico. **As Obrigações Processuais Penais Positivas: Segundo as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos**. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

GARAPON, Antoine; GROS, Frederic, PECH, Thierry. **Punir em democracia**. Lisboa: Instituto Piaget, 2001.

GRECO, Luís. A Ilha de Kant. In: _____; MARTINS, Antonio (Orgs.). **Direito Penal como crítica da pena: estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70.º Aniversário em 2 de Setembro de 2012**. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

GIRARD, Rene. **A violência e o sagrado**. São Paulo : Paz e terra, 1990.

HAMILTON, Sergio Demoro. Questões e Questúncula de Processo Penal. **Revista Síntese de Direito Penal e Processo Penal**, fev-mar, 2002.

HASSEMER, Winfried. Punir no Estado de Direito. In: MARTINS, Luis Greco; MARTINS, Antonio (Org.). **Direito penal como crítica da pena: estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário**. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

MARQUES, Germano. **Curso de processo penal I**. 4. ed. Lisboa: Verbo, 2000

NIETZSCHE, Friedrich. **A gaia ciência**. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

RICOEUR, Paul. **O justo 1: a justiça como regra moral e como instituição**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

SÁNCHEZ, Jesús Maria Silva. **Aproximação ao direito penal contemporâneo**. São Paulo: RT, 2011

SILVÉRIO JUNIOR, João. **Processo Penal Fraternal**. Curitiba: Juruá, 2014.

SIQUEIRA, Galdino. **Direito Penal Brasileiro** (segundo o Código Penal mandado executar pelo Decreto N. 847, de 11 de outubro de 1890, e leis que o modificaram ou completaram, elucidados pela doutrina e jurisprudência). Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003, v. I.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. **A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar**. São Paulo: Saraiva, 2012.

ZIZEK, Slavoj. **Violência**. Lisboa: Relógio d'água, 2008.

ZUNZUNEGUI, Ignacio José Subijana. **El principio de la protección de las víctimas en el orden jurídico penal**. Granada: Comares, 2006.