

O DIREITO DE PUNIR RODEADO POR VÍTIMAS. Sobre sistema de direito criminal, vítimas e suas interações numa sociedade democrática¹

THE RIGHT TO PUNISH SURROUNDED BY VICTIMS. On the criminal justice system, victims and their interactions in a democratic society

José Roberto Franco Xavier²
UFRJ

Resumo:

Este artigo é um trabalho teórico que trata da relação entre vítimas e o sistema de direito criminal. Utilizando-se fortemente da teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann, este trabalho procura construir uma categorização teórica que consiga esmiuçar as diferentes manifestações de vítimas que se apresentam para o sistema de direito criminal. Ademais, pretende-se aqui ter uma curta teorização sobre as dificuldades das relações de um sistema social operacionalmente fechado, que se relaciona com um elemento do seu entorno que lhe causa irritações (num sentido sistêmico) e que tem repercussões nas suas comunicações internas. Por trás dessa construção teórica está a preocupação sobre como punir em democracia em face de vítimas que demandam ser ouvidas e ter as suas reivindicações contempladas.

Palavras-chave: vítimas; teoria dos sistemas sociais; sistema de direito criminal.

Abstract

This article is a theoretical work on the relationship between victims and the criminal justice system. Drawing heavily on Niklas Luhmann social systems theory, this paper aims to build a theoretical categorization that could encompass the different manifestations of the victim category that appear in the criminal justice system. Moreover, our goal is to theorize on the difficulties of the rapports in a social system that is operationally closed (on a systemic sense) which has repercussions within its internal communications. Behind this theoretical construction, there is a preoccupation about how to punish within a democracy where victims demand to be heard and have their complaints fulfilled.

Keywords:

Victims, social systems theory, criminal justice system.

1 INTRODUÇÃO

Este texto trata da relação entre sistema de direito e criminal e vítimas de crimes. Trata-se de um tema que se insere dentro de uma problemática maior sobre a qual temos nos debruçado nos últimos anos (XAVIER, 2012, 2015, 2018), que se interessa por como o sistema de direito criminal interage com estímulos do seu entorno.

Ao longo dos últimos anos, temos tentado entender como um sistema complexo, operacionalmente fechado e cognitivamente aberto (numa clássica definição luhmanniana) reage a demandas da sociedade que exercem “pressões” para que o sistema produza comunicações que

¹ Parte do conteúdo deste artigo foi tirado de minha tese ainda inédita de doutorado (XAVIER, 2012). A tese foi vencedora do prêmio Governor General's Gold Medal (Humanities), Office of the Governor General of Canada e University of Ottawa e está originalmente em francês. Agradeço à CAPES pelo financiamento da pesquisa.

² Professor do Departamento de Teoria do Direito da Faculdade Nacional de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Possui graduação em Direito pela Universidade de São Paulo (2002), mestrado (Master of Arts - 2005) e Doutorado (Ph.D. 2012; tese vencedora do Governor General's Gold Medal in Humanities) em Criminologia pela University of Ottawa (Canadá). Possui também um pós-doutorado junto à Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas.

contemplem os mais diversos interesses da sociedade. Particularmente, temos tentado entender como demandas da opinião pública e da mídia têm impactado o sistema de direito criminal.

Para tanto, algumas construções teóricas foram feitas ao longo do caminho. A primeira delas é uma conceitualização do sistema de direito criminal como um subsistema do sistema jurídico (XAVIER, 2012). Trata-se de um sistema que opera com um código crime/não-crime (código portanto derivado do código do sistema jurídico), com um programa definido e que não se sujeita a uma influência externa direta. As influências se dão quando o sistema, em virtude de sua abertura cognitiva, decide quando e onde recorrer a elementos do seu entorno para a tomada de decisão interna. Portanto, a ideia de influência aqui pressupõe um movimento ativo do sistema para selecionar, entre os ruídos de seu entorno, aquilo que se torna “irritação” (XAVIER, 2012).

Esse foi o quadro teórico montado, fortemente baseado na teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann, que temos utilizado para compreender a questão da relação entre o sistema de direito criminal e estímulos do seu ambiente (especialmente a mídia e a opinião pública). Neste trabalho nos debruçamos sobre um outro fenômeno que se constitui com frequência como elementos de irritação para o sistema de direito criminal. Pensamos aqui nas vítimas.

Como pensar nas vítimas e sua relação com o sistema de direito criminal? Trata-se de um elemento externo ao sistema ou uma componente de seu programa? Como podemos categorizar as diferentes manifestações de vítimas em face do sistema? Essas são as perguntas sobre as quais este artigo se debruça. Trata-se portanto de um artigo eminentemente teórico, que se propõe a uma “limpeza de terreno” conceitual. Tentamos aqui dar ordem conceitual a um cenário de difícil relação entre sistema e vítimas, de forma a podermos ter instrumentos teóricos para utilizarmos em trabalhos empíricos futuros.

2 A VÍTIMA, UM NOVO ELEMENTO NO HORIZONTE DA PUNIÇÃO: QUATRO ATOS DE UMA CENA EMERGENTE

Ato 1

Estamos no Brasil, em 1992. Um assassinato captura a atenção de todo o país. Uma das principais atrizes da novela mais assistida do país é encontrada morta em meio a árvores que margeavam uma avenida na cidade do Rio de Janeiro. Seu corpo denuncia o ato de violência a que foi submetida: vários ferimentos aparentes, dentre os quais muitas perfurações por faca. A morte da jovem atriz de 22 anos se torna rapidamente onipresente na mídia. A polícia age rápido

e prende em menos de uma semana os assassinos. Trata-se do par romântico da atriz na novela e sua companheira.

O caso Daniela Perez, para além de toda a midiaticização que envolveu um caso com personagens públicos, teve desdobramentos muito importantes para justiça penal no Brasil. Os dois assassinos foram rapidamente condenados a uma pena de prisão de aproximadamente 19 anos. À época, o sistema de progressão de pena no Brasil garantia ao condenado por homicídio doloso a possibilidade de progressão de regime (do fechado para o semi-aberto e depois para o aberto) após o cumprimento de um terço da pena.

A mãe da vítima, personagem com influência na mídia (tratava-se da roteirista da novela), não se conformou com o que considerava a benevolência da pena aplicada. Sustentava que tal pena era um insulto para a família da vítima e para todas as demais famílias em situação semelhante. Com apoio da mídia, ela iniciou uma petição para fazer uma mudança na lei. Grosso modo, a petição demandava que o crime de homicídio qualificado deveria ser considerado crime hediondo, o que eliminava a progressão de regime. Uma medida, portanto, de modificação da execução penal, bastante alinhada com inúmeras outras demandas penais do tipo “truth in sentencing”, como se convencionou chamar na América do Norte. Sob grande pressão da mídia, os parlamentares brasileiros aprovam o projeto³.

Ato 2

Estamos no Canadá, em 2010. O governo conservador quer passar uma lei para suspender o pagamento de certas pensões para pessoas idosas. Mencionando o caso de um famoso criminoso canadense (um *serial killer*) que recebe essa pensão, o governo afirma que se deve “restabelecer a moralidade” da situação. O ministro responsável pela proposta de mudança legislativa se manifesta nos seguintes termos:

"Canadians who work hard, who contribute to the system, who play by the rules deserve government benefits such as Old Age Security. It's wrong, and obviously unfair, that prisoners who break the rules receive the same entitlements. This is offensive and outrageous to the prime minister, to the government of Canada, and to Canadians right across the country. Moreover, *it is deeply insulting to the victims and to their families.*"⁴ (itálico nosso)

³ Lei 8930, de 6 de setembro de 1994. Foi a primeira lei na história do país que nasceu a partir de uma petição do público.

⁴ Reportagem de CBC.ca, disponível em <https://www.cbc.ca/news/canada/prison-inmates-to-lose-old-age-benefits-1.888490>. Acesso em 03 de março de 2019.

A representante de uma importante ONG chamada “Victims of Violence”, saudou a iniciativa do governo canadense nos seguintes termos: "It's great to see that this government is putting victims and taxpayers first ahead of criminals."⁵

Ato 3

Estamos na França, em 2001. Chamamos a atenção agora para uma ONG chamada *Aide aux Parents d'Enfants Victimes* – APEV (Ajuda aos Pais de Crianças Vítimas). Essa associação não é uma organização “episódica” dedicada às vítimas, mas uma instituição estabelecida desde 1991 e que milita na defesa dos direitos de vítimas. Em suas próprias palavras, a APEV “é uma associação nacional de vítimas e de ajuda às vítimas”, que se propõe a apoiar “as famílias das crianças vítimas”, assim como lutar pelos seus direitos.

Essa última faceta implica uma atividade de proposição de reformas legislativas, bem como lobby junto a atores políticos e jurídicos, no intuito de ver “reconhecidos” os direitos das vítimas ou, como sugerem, de sensibilizar atores jurídicos e políticos a esses direitos. Nessa papel, a APEV se manifesta sobre uma nova lei que amplia o alcance da presunção de inocência com o seguinte comunicado público:

LEI SOBRE A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: E AS VÍTIMAS?

(...) [D]urante mais de dois anos, a Associação de Ajuda aos Pais de Crianças Vítimas chamou a atenção do legislador sobre a inquietação das vítimas quanto a esse projeto de lei. Em vão, não fomos escutados.

(...) Essa lei foi apoiada unanimemente pela classe política em virtude de casos criminais político-financeiros que todos conhecem. [M]as também em nome dos direitos humanos ela foi aceita pela grande maioria dos franceses mais ligados às liberdades individuais do que à condenação dos delinquentes e criminosos.

(...) A falta de meios vai bloquear a justiça, certamente em proveito dos infratores, que poderão por exemplo ser colocados em liberdade sem julgamento caso os prazos não sejam respeitados.

É surpreendente que a presunção de inocência tenha preferência sobre a busca da verdade e sobre a proteção da sociedade. O cuidado maior não é o de fazer justiça às vítimas, mas de esvaziar as prisões. (...)

Não contestamos os avanços inegáveis para as vítimas. Mas as vítimas não devem servir de alibi, as medidas tomadas em nome da presunção de inocência aumentam o fosso que existe entre os direitos dos infratores e os das vítimas, desprezando o princípio do equilíbrio de direitos entre as partes, entre a parte civil e a defesa. Um exemplo? O direito de apelar das decisões do júri concedido ao condenado, mas recusado às vítimas, e a impossibilidade de apelar de uma absolvição, como se a absolvição de um assassino não fosse também um erro judicial.

(...) A presunção de inocência é um erro fundamental que nós reconhecemos; os direitos das vítimas o são tanto quanto: direito à informação, direito a ser escutado, direito ao respeito, direito à verdade, direito à justiça. (...)

Dessa forma, nós convocamos todas as associações de vítimas, todas as vítimas decepcionadas com uma justiça em sentido único, a se juntarem a nós, somando suas vozes às nossas, para reclamarmos

⁵ Reportagem de CTV News, disponível em <https://www.ctvnews.ca/bill-would-cut-off-pensions-for-federal-prison-inmates-1.517963>. Acesso em 03 de março de 2019.

juntos o estabelecimento de meios verdadeiramente eficazes para a busca da verdade, para a prisão e para o julgamento dos criminosos.

Alain Boulay – Presidente da APEV⁶ (nossa tradução)

A lei que reforçava a presunção de inocência havia sido promulgada em 15 de junho de 2000. A APEV queria demonstrar toda sua insatisfação com a nova lei.

Ato 4

Estamos nos Estados Unidos, em 1991. A suprema corte desse país julga um caso de condenação à morte de um homicida, tecendo considerações importantes acerca da presença de uma declaração da vítima no processo. Uma questão capital nesse processo – falamos aqui do caso *Payne vs Tennessee*⁷ – é a constitucionalidade das leis (de vários estados americanos) que autorizam uma “declaração de impacto sobre a vítima” (*victim impact statement*). A suprema corte americana decide nesse caso que tais declarações não são inconstitucionais e que esse tipo de evidência é admissível no momento da determinação da pena, mesmo nos casos em que a punição final é a pena de morte.

A corte assim se manifesta:

“Victim impact evidence is simply another form or method of informing the sentencing authority about the specific harm caused by the crime in question, evidence of a general type long considered by sentencing authorities.” (p.9)

Um pouco mais à frente na decisão, a corte acrescenta:

“Certainly there is no strong societal consensus that a jury may not take into account the loss suffered by a victim's family or that a murder victim must remain a faceless stranger at the penalty phase of a capital trial. Just the opposite is true. Most States have enacted legislation enabling judges and juries to consider victim impact evidence. (...). The possibility that this evidence may in some cases be unduly inflammatory does not justify a prophylactic, constitutionally based rule that this evidence may never be admitted.” (p.14)

Com essa decisão, a suprema corte americana tira todas as dúvidas sobre a legitimidade da declaração de impacto sobre a vítima enquanto evidência a ser ponderada pelo juiz no momento da sentença. Se em *Payne vs Tennessee* tem-se o momento auge da consagração dessa nova figura jurídica, ela teve de percorrer um caminho longo até esse momento de reconhecimento pela suprema corte daquele país⁸. A aceitação do *input* da vítima no momento da sentença já era algo

⁶ Todas as informações sobre a APEV podem ser encontradas em www.apev.org.

⁷ 1991 U.S. LEXIS 3821

⁸ As informações sobre a legislação americana fornecidas neste parágrafo foram tiradas do *The National Center for the Victims of Crime* (www.ncvc.org) e de Sebba (1996, p. 15-16; 196).

difuso na legislação de vários estados e seu uso era bastante disseminado⁹. E, no entanto, a aparição na legislação federal era algo recente. Introduzido pela *Victim and Witness Protection Act*, a declaração de impacto sobre a vítima se tornou rapidamente um instrumento bastante difuso. Trata-se da conquista mais tangível do movimento de vítimas dos anos 1970 e 1980.

3 COMO PODEMOS INTERPRETAR ESSA CENA EMERGENTE?

Eis então exemplos de um novo status da vítima em matéria penal que tem se desenvolvido nas últimas décadas. Essa breve seleção não faz justiça à frequência e à diversidade de situações nas quais um novo papel para as vítimas é atribuído no debate político sobre a questão penal. A literatura criminológica nota que estamos num momento no qual há uma emergência inequívoca das vítimas como categoria política de importância notável. Num contexto de crescimento do populismo penal, não é tarefa politicamente fácil se opor às demandas das vítimas. Nas palavras de Erner (2006), há um processo de santificação dessa categoria “vítimas”, que reivindica a pureza conspurcada por um ato de injustiça. Trata-se de uma categoria que aparenta uma legitimidade auto evidente. Responder às demandas das vítimas, num tal contexto, torna-se um imperativo. Senão humanista, ao menos politicamente sensato. Garland, em seu clássico *Cultura do Controle*, também chama a atenção para a emergência da vítima no cenário político criminal:

“[I]f the centre-piece of penal-welfarism was the (expert projection of the) individual offender and his or her needs, the centre of contemporary penal discourse is (a political projection of) the individual victim and his or her feelings.”
(Garland, 2001, p. 144)

As consequências dessa emergência das vítimas nos dão matéria pra reflexão. Observando esse cenário, parece claro que se trata de um exercício muito difícil para qualquer sistema jurídico-criminal ficar impassível às demandas e às expectativas das vítimas. E a questão se torna ainda mais interpelante quando pensamos que essa categoria política “vítimas” é no mais das vezes associada a demandas punitivas¹⁰. A demanda de reconhecimento das vítimas pode eventualmente se constituir naquilo que Pires (1999, p.136) chama de um curioso tipo de direito: um direito-crédito ao sofrimento do outro. As vítimas, muitas vezes associando demandas de

⁹ Tão disseminada que em 1997 a legislação sobre a declaração de impacto sobre a vítima estava presente em todos os estados americanos: *“Every state allows some form of victim impact information at sentencing. The majority of states allow both oral and/or written statements from the victim at the sentencing hearing, and require victim impact information to be included in the pre-sentence report. As of 1997, 44 states and the District of Columbia allow information about the impact of the offense(s) on the victim to be included as part of the pre-sentence report; every state allows victim impact statements at the sentencing hearing, and 47 of them allow oral statements at sentencing.”* www.ncvc.org

¹⁰ Não que vítimas não punitivas não existam e não tenham demandas. Tratamos um pouco sobre essa questão em XAVIER (2018) e XAVIER (2019).

reconhecimento a demandas de punição, vão assim fazer pressão sobre o sistema de justiça criminal num sentido punitivo. Na feliz expressão de Erner (2006, p. 65), “multiplicar as vítimas é forçosamente também multiplicar os algozes”.

Essas dificuldades são bastante conhecidas dos operadores do sistema jurídico. A presença da vítima não é apenas um “barulho” do entorno do sistema, mas claramente uma “irritação” também, ou seja, um elemento do ambiente que é notado e para o qual o sistema se mobiliza para lidar. A questão que nos interpela aqui é como essas demandas parecem ser mais presentes nas últimas décadas (a se fiar na literatura da área e no discurso dos operadores do sistema) e como elas colocam desafios quando pensamos em termos de um sistema de direito criminal de uma sociedade democrática. Afinal, corresponder às demandas das vítimas, nos termos que nos pede a carta da APEV (mencionada na seção precedente), implica claramente um desequilíbrio no sistema de forma a se permitir que o “direito-crédito” das vítimas seja reconhecido enquanto “direito ao sofrimento alheio” (nos termos de Pires).

Mas essa difícil equação que mistura reconhecimento de direitos das vítimas e escuta das suas necessidades, com uma punição que não fira garantias dos acusados e a própria noção de uma justiça equilibrada de uma sociedade democrática, tem sido algo com o qual o sistema de direito criminal (em diferentes jurisdições) tem lidado nos últimos anos. De forma a poder melhor compreender o papel das vítimas e sua relação com esse sistema, tentamos na sequência um esforço de conceitualização.

4 A QUESTÃO DAS VÍTIMAS E SEU DUPLO STATUS: ESTÍMULO EXTERNO E DADO DO SISTEMA

A emergência de uma nova categoria social, de uma nova problemática difusa na sociedade, parece ser resultado de certas transformações sociais a partir dos anos 1960 e, sobretudo, 1970. A expansão das democracias, a importância crescente da mídia na sociedade, o uso político dessa categoria social, são todas razões que podem ser evocadas como fatores que contribuíram para essa emergência.¹¹

Isso dito, é a maior importância que se dá às vítimas no âmbito do sistema de direito criminal que nos interessa aqui. Trata-se, neste artigo, de tentar dar um sentido teórico às diversas manifestações de vítimas que são pertinentes para o referido sistema.

Como já esboçado acima, as manifestações de vítimas são muito diversas. Em primeiro lugar, as vítimas podem se materializar enquanto atores que fazem reivindicações junto ao

¹¹ Walklate (2007) faz um interessante panorama da literatura sobre os argumentos em favor de se dar uma maior atenção às vítimas no contexto da Inglaterra.

sistema político: pedidos de mudança legislativa para a criação de novos tipos penais ou recrudescimento de penas, modificações na execução penal etc. Em segundo lugar, as vítimas são também atores que se manifestam junto ao sistema de direito criminal: elas demandam penas mais duras, querem participar ou ser mais informadas do processo penal e querem ter mais conhecimento do destino do réu¹². Em terceiro lugar, as vítimas podem também ser uma entidade anônima em nome da qual se pede todo tipo de reforma: elas não precisam ser indivíduos diretamente afetados por um crime. A figura retórica da vítima é suficiente para suscitar a mobilização e o apoio político para todo tipo de causas e projetos políticos. Finalmente, as vítimas podem ser também atores implicados no processo penal, seja no papel de depoente, seja no papel de autor de um *victim impact statement*, seja ainda como partícipe em processos de justiça restaurativa.

O problema que se coloca então é como conceitualizar todas essas manifestações? Como dar conta de um fenômeno que está longe de ser unívoco. No limite, o “fenômeno das vítimas” em matéria penal não seria nem mesmo “um” fenômeno, mas várias manifestações distintas que devem ser analisadas separadamente. Em suma, como conceitualizar essa pluralidade de manifestações de vítimas?

O que faremos aqui é então um esforço teórico de clarificação do fenômeno. Trata-se de investir teoricamente sobre o fenômeno de forma a tentar melhor descrevê-lo e compreendê-lo. Em primeiro lugar, precisamos dizer que uma primeira dificuldade vem do status da vítima enquanto categoria distinta do público do sistema de direito criminal. A dificuldade pode ser pensada nos seguintes termos: a vítima merece ser considerada simplesmente como público – um ator que exerce um papel social específico no exterior do sistema de direito criminal, ou pode ela ser considerada como um ator interno desse sistema? No primeiro caso, uma teorização ajudaria a explicar a atitude de rejeição que juízes e promotores adotam a seu respeito. No segundo caso, isso nos ajudaria a dar conta de certos fenômenos novos da justiça criminal, bem como permitiria separar a vítima e seus próximos de um público amplo (sem nenhuma relação direta com o caso criminal). Em outras palavras, vítima como parte do público ou vítima como um ator do processo e da tomada de decisão? Nossa escolha teórica foi de considerá-la com esses dois status: a vítima pode ser ambos, em momentos diferentes. Apresentamos abaixo nossa maneira de ver a vítima, reforçando que se trata de uma construção teórica – portanto uma lente entre várias possíveis – para entender o fenômeno.

¹² O exemplo mais eloquente aqui nos parece ser a das pessoas próximas às vítimas, nos EUA, que pedem para assistir à execução do condenado.

4.1 A vítima externa ao sistema de direito criminal

4.1.1 Os movimentos de vítimas enquanto movimentos de protesto

Ainda que seja um fato social relativamente novo, a emergência das vítimas enquanto categoria social de grande visibilidade parece algo de difícil contestação nos dias de hoje. Erner (2006) fala de uma emergência dessa categoria social a partir da segunda metade do século XX. Outros acadêmicos falam da ascensão do movimento de vítimas a partir dos anos 1970¹³; outros falam da importância do nascimento da vitimologia para a visibilidade da agenda das vítimas¹⁴. Em suma, nas últimas décadas a “causa” das vítimas é bastante visível. E uma das razões dessa visibilidade pode ser atribuída a movimentos de vítimas enquanto grupos organizados que formulam demandas junto ao sistema político, ao sistema de direito criminal e à mídia.

Como podemos caracterizar esses movimentos de vítimas? Apoiando-nos em Luhmann, sustentamos que esses movimentos podem ser caracterizados como movimentos de protesto. Esses movimentos são um conjunto de comunicações na sociedade que se organiza de forma autônoma em relação aos sistemas de função da sociedade, constituindo-se num sistema em si. Esses movimentos de protesto são o motor de um paradoxo no âmbito da sociedade: trata-se da formação social que mobiliza a sociedade contra a sociedade. Luhmann escreve:

(...) podemos partir do contexto de maior diferenciação e de maior generalização das bases simbólicas – particularmente desses “valores” com os quais a sociedade se põe a formular sua unidade. No entanto, o que se passa quando os valores generalizados não podem mais se instalar na sociedade diferenciada? O que acontece quando, mesmo que eles sejam formulados e reconhecidos, sua concretização deixa a desejar na sociedade diferenciada? Parece-me que os movimentos sociais procuram uma resposta a esse problema – resposta que toma a forma de um paradoxo: o protesto da sociedade (não somente de atores particulares ou de interesses específicos) contra a sociedade. (Luhmann, 1997 [2006], p. 673; nossa tradução)

Em outras palavras, certos valores generalizados na sociedade (diríamos aqui a proteção das vítimas, a valorização dos mais fracos, a intolerância ao sofrimento etc) não chegam a ser “defendidos”, não são “suficientemente protegidos” ou não são “suficientemente valorizados” pelo, por exemplo, sistema político ou sistema de mídia. As razões podem ser diversas: são valores que temos dificuldade de formular explicitamente; ou são valores que não sabemos como proteger (ou cuja “proteção” pode não ter limites, como a proteção ao meio-ambiente); ou ainda

¹³ Ver, por exemplo, Walklate (2007) e Best (1997).

¹⁴ Garapon (2001) fala por exemplo da necessidade que os assistentes sociais ligados à justiça penal encontraram para se adaptar a uma nova demanda: ocupar-se, para além dos infratores, também das vítimas.

valores que se chocam com outros valores. Em suma, certos valores são fluidos e imprecisos (mesmo que sejam generalizados na sociedade) e sua “realização” está longe de ser satisfatória para os indivíduos preocupados com a questão. Nesse momento, movimentos de protesto podem emergir para reivindicar a consagração desses valores.

Luhmann continua seu argumento dizendo que é preciso compreender os movimentos de protesto:

(...) como sistemas autopoieticos com um caráter próprio, e o protesto como seu movimento catalizador. O tema ao qual o protesto se filia é sua invenção, sua construção. O fato que a sociedade, até agora, não tenha prestado atenção ao tema (ou não tenha prestado atenção suficiente) é justamente a condição para que o movimento se desencadeie. A sociedade se mostra surpresa e para ela se trata de algo incompreensível. Nas suas organizações, o tema é desconhecido. É unicamente a autopoiese do movimento social que constroi o tema e encontra a pré-história correspondente – para não parecer ser o inventor do tema – e cria com ele uma controvérsia (...). Basta ter inícios insignificantes – que são apenas inícios em retrospectiva – que a controvérsia vira (e continuará a ser) a controvérsia do movimento de protesto. (Luhmann, 1997 [2006], p. 682; nossa tradução).

O movimento de protesto só existe então a partir da invenção de seu tema e de sua inserção na forma “protesto”. Os temas são o que dão “o recheio”, o conteúdo da distinção que essa forma – o protesto – deve realizar na sociedade para se separar enquanto comunicação. Os temas são para a forma “protesto” o que os programas são para um código do sistema de função da sociedade 1997 [2006], p. 679). Se o código legal/ilegal é o que permite ao sistema de direito se separar do resto da sociedade e as leis são seu programa (o conteúdo, o que acrescenta sentido à distinção), no caso dos movimentos de protesto, é a forma “protesto” (defensores de vítimas/quem não está mobilizado) que lhes permite ter uma unidade e se diferenciar, mas é o tema que acrescenta conteúdo a essa forma. Para retomar os termos do autor, “[t]he protest is the form, the topic is the content, and the two of them together set off a process of reproducing related communication, thus permitting the system to distinguish between relevant and irrelevant activities.” (Luhmann, 1993, p. 126-127)

O autor acrescenta que esse sistema particular que ele chama de movimento de protesto não deve ser confundido com organizações. Nestas, é fundamental a questão do *membership* e a hierarquia. A situação dos indivíduos ligados ao movimento de protesto é demasiado instável comparativamente à das organizações. Trata-se mais de um grupo que pode ser mobilizado (potencial de mobilização) que um grupo formado, estável e hierarquicamente bem definido. A distinção fundamental para caracterizar esses movimentos é a distinção centro/periferia:

De forma característica, há um núcleo de partidários mais fortemente unidos (que pode ser ativado por ações eventuais) e um outro círculo mais amplo de simpatizantes (ao menos é o que supõe o movimento) que permite pensar que o movimento representa os interesses gerais da sociedade. A diferenciação centro/periferia pode aparecer com relativamente poucos pressupostos, ela é compatível

com a flutuação de pessoal (entre simpatizantes, correligionários e núcleo) e ela permite fronteiras relativamente fluidas que só se clarificam quando do processo de “autoativação” do movimento e que podem se modificar no seu desenvolvimento em forma de trajetória. (Luhmann, 1997 [2006], p. 685; nossa tradução)

Além disso, para caracterizar esses movimentos de protesto enquanto sistemas autopoieticos diferenciados, é preciso que o movimento seja capaz de fixar objetivos (Luhmann, 1997[2006]: 679) que não sejam necessariamente atingíveis, mas que tornam possível a perpetuação das comunicações do sistema. No mesmo sentido, apenas um protesto não basta para caracterizar os movimentos de protesto. Sem esses objetivos, sem uma rede de comunicações identificada como lhe sendo associada e sem um centro organizador, não se pode falar em movimentos de protesto.

Com relação a essa forma “protesto”, Luhmann vai dizer que se trata de “communications addressed to others calling on their sense of responsibility”. Trata-se de uma forma criada para mobilizar a sociedade contra si própria, que tenta trazer mudanças na sociedade, mas que no entanto se distingue da forma da oposição política tradicional. Um partido político de oposição faz protestos e propõe mudanças, mas tem sempre presente nas suas comunicações um projeto de tomada de poder para realizar seus objetivos. Os movimentos de protesto não propõem tomar o poder político e realizar transformações que reivindicam (Luhmann, 1997 [2006], p. 677; Luhmann, 1993, p.125). O autor acrescenta que o fato deles não utilizarem “vias normais”, qual seja o sistema político, visa a passar a mensagem “que se trata de um assunto geral, urgente e profundo que não pode ser tratado da forma ordinária” (Luhmann, 1997 [2006], p. 676; notre traduction).

O autor acrescenta que a forma “protesto” privilegia fortemente abordagens reativas em detrimento de abordagens cognitivas:

Utiliza-se de “scripts” reconhecidos que são capazes de ressoar (por exemplo, a preservação da paz) e insurge-se contra certas soluções de problemas (contra a corrida armamentista) que não se prestam mais ao consenso. Contenta-se com uma representação bastante esquemática do problema, frequentemente associada a grandes títulos como o de “escândalo”, e a própria reação se apresenta como reação a um estado de coisas insuportável. Além disso, exige-se dos destinatários que reajam e não mais que façam esforços para compreender. Tendo em vista que os esforços para mais informações e para uma planificação certa do futuro vão desperdiçar as energias e projetá-las num futuro sem fim, o processo reativo promete resultados que serão rapidamente atingidos (Luhmann, 1997 [2006], p. 677; nossa tradução).

Os esforços para compreender a problemática¹⁵ são intoleráveis para o movimento de protesto, visto que os esforços só fazem adiar as soluções desejadas para o problema. Há pressa para esses movimentos, uma vez que a problemática que eles evidenciam é urgente e o preço da inação é inaceitável. Além disso, o protesto reclama princípios éticos, e em se tratando de princípios éticos, o fato de se tratar de uma maioria ou minoria não é pertinente. Os temas são carregados de uma representação positiva, o que os torna tanto mais justos e urgentes.

O protesto age “como se tivesse de defender a sociedade de seu sistema político” (Luhmann, 1997 [2006], p. 679) (Eu acrescentaria: “de seu sistema jurídico também”). Ele se considera a “boa sociedade” que deve agir sobre aqueles que estão do outro lado da distinção: quem não se preocupa com vítimas, com meio ambiente, com os animais, com a paz ou com qualquer outro tema que seja escolhido. Luhmann acrescenta que essa comunicação sob a forma de protesto, mesmo se dentro da sociedade, é produzida como se dela estivesse fora (Luhmann, 1997 [2006], p. 676; Luhmann, 1989, p. 126). É uma comunicação bastante complexa: está na sociedade, mas quer parecer externa; ela é em nome da sociedade, mas contra a sociedade (ibid.).

Dessa forma, a função dos movimentos de protesto é de fixar nas operações da sociedade sua própria negação (Luhmann, 1997 [2006], p. 685). Fazem a crítica interna (que aparenta ser externa) e se apropriam de temas que os sistemas de função da sociedade (o direito, a economia, a religião, a educação, a ciência...) não tratam de forma satisfatória. O “sucesso” dos movimentos de protesto reside exatamente no fato de incorporar temas que esses outros sistemas não identificam como lhes pertencendo (Luhmann, 1993, p. 142).

Luhmann termina dizendo que tanto o sucesso dos movimentos de protesto quanto seu fracasso são fatais. A forma “protesto” – condição de existência do movimento de protesto – pressupõe “o outro lado”, destinatários do protesto que a ele reagem e contra os quais ele pode protestar. A aceitação das demandas trazidas pelo protesto elimina a diferença que é constitutiva do movimento de protesto. (Luhmann, 1993, p. 126 e 143)

Tendo feito toda essa caracterização dos movimentos de protesto, tentemos agora ver como podemos integrar os movimentos de vítimas a essa categoria. Tomemos os dois exemplos que utilizamos acima: a APEV, na França, e o movimento iniciado por uma mãe de vítima para mudar uma lei no Brasil.

No caso brasileiro, vemos um movimento de vítimas, movimento episódico tal qual nós o descrevemos anteriormente, que aparece para remediar uma “situação insustentável”, a saber a indulgência de lei brasileira sobre homicídios e sua falta de consideração – segundo a

¹⁵ Não somente uma dificuldade cognitiva com as *démarches* cognitivas em relação ao tema, mas uma falta importante de teorização em relação à sua própria existência: “The new social movements have no theory. (...) A simple, concrete fixing goals and postulates, a corresponding distinction of adherents and opponents and a corresponding moral evaluation therefore predominates.” (Luhmann, 1989, p. 126)

interpretação do movimento – com relação aos direitos das vítimas de ver o criminoso devidamente punido. Nesse caso, é menos a invenção do tema que a apropriação de um tema que outros grupos de vítimas já mobilizavam na sociedade. Mas neste caso, há a fixação de um objetivo claro – a mudança legislativa – e todas as comunicações do grupo nesse sentido, incluindo a petição que desencadeia o processo de mudança legislativa. Finalmente, o movimento encontra, com o sucesso, o seu próprio esvaziamento: a aceitação do protesto por aqueles que dele eram destinatários retira a distinção entre estes e os que protestam, acarretando com isso a dissolução do movimento.

Quanto à APEV, vemos nela um movimento mais estável que o movimento episódico brasileiro que acabamos de mencionar. Trata-se de um movimento de vítimas que possui uma sede, atividades regulares e um grupo organizado de pessoas que delas se ocupam. A associação existe desde 1991 e organiza desde então seminários, protestos, campanhas e atividades de todos os tipos para divulgar sua “causa”. Seu objetivo declarado é ajudar os pais das vítimas (de acompanhá-los e de amplificar suas vozes) e defender os direitos das vítimas em geral.¹⁶

A despeito de sua organização, não podemos confundi-la aqui com uma “organização” propriamente dita. Falta de hierarquia, necessidade ilimitada de pessoal e forma de rede configuram diferenças suficientes para distinguir uma coisa da outra (Luhmann, 1997 [2006], p. 675). Além disso, um outro indício de que se trata de um movimento de protesto importante aparece no discurso da APEV:

A primeira demanda das famílias é de conhecer a verdade, saber o que se passou, que o culpado seja descoberto e julgado. É uma necessidade de justiça e não de vingança. Na APEV, nós queremos dar a palavra aos pais, ajudá-los a se reinserir na vida e conseguir-lhes um papel importante no processo judiciário.

[Como] associação de vítimas, *não temos a pretensão de substituir organismos mais estruturados, compostos por profissionais. Queremos ser força de propostas, a partir de nosso vivido junto à Justiça. Fazemos ações esperando que estruturas mais oficiais deem sequência.* (grifo nosso)

Aqui vemos claramente a distinção com relação a uma organização do sistema político: o objetivo não é tomar o poder. Pedem-se ação e mudanças, mas não se propõe ocupar as instâncias de decisão ou tomar-lhes o lugar para atingir os objetivos do movimento.

Além disso, outra característica nos chama a atenção aqui. Observando o mandato autoproclamado da APEV, podemos deduzir a razão de sua relativa estabilidade comparativamente a movimentos episódicos: ajuda aos pais e defesa de direitos das vítimas são

¹⁶ Eles falam também da “luta contra as agressões sexuais” e da “busca de crianças desaparecidas”. Esses dois aspectos são menos pertinentes para nossos propósitos. Para maiores detalhes sobre a APEV, ver o site www.apev.org

objetivos bastante amplos que permitem uma constante mobilização do movimento de protesto. Em outras palavras, se se trata de combater uma situação de desigualdade em face das vítimas (o fato que elas têm “menos direitos” que os acusados, que elas não são consideradas pela justiça penal etc.), a razão de ser desse movimento de protesto vai muito dificilmente desaparecer. Uma vitória (ou um fracasso) qualquer pode sempre ser percebido como um progresso (ou um recuo), mas dificilmente vai contemplar (ou desapontar) plenamente os objetivos fixados pelo movimento, o que torna sua existência sempre justificável. A se crer em Luhmann quando ele diz¹⁷ que o desequilíbrio e a desigualdade são constitutivos dos sistemas sociais, então aos movimentos de protesto jamais faltará combustível para os protestos que justificam sua existência.

Para resumir, nossa primeira caracterização das vítimas é a de um *movimento de protesto de vítimas*. Este tem como características fundamentais o fato de ser um verdadeiro conjunto comunicacional que se liga a uma estrutura mais ou menos durável e que tem um tema e essa forma “protesto”. Essa é uma das formas que podemos caracterizar vítimas quando pensamos em estímulos externos ao sistema de direito criminal. Mas certamente não é a única.

4.1.2 *As vítimas como um público ordinário*

Evidentemente, as vítimas são não apenas as que conseguem colocar de pé um movimento de protesto ou que dele participam. As vítimas são também uma categoria menos barulhenta de pessoas afetadas por um comportamento criminoso. A questão importante aqui é de não pressupor que em virtude de sua não organização elas sejam ignoradas completamente pelo sistema de direito criminal.

Nesta categoria de vítimas que não são organizadas enquanto movimento de protesto, podemos fazer uma distinção entre as vítimas que não se manifestam e as que comunicam ao sistema de direito criminal (e também ao sistema político e ao sistema de mídia) suas opiniões e sentimentos a respeito do crime e das providências desejam serem tomadas. Este segundo grupo vai se configurar numa parte do “público” do sistema de direito criminal: trata-se de indivíduos que exercem um papel específico, o de reivindicar junto a esse sistema uma atenção sob a forma de reconhecimento de sua experiência enquanto vítimas, sob a forma de reconhecimento de sua opinião com relação ao destino do criminoso, ou mesmo sob a forma de simples escuta. Esses indivíduos só se tornam atores sociais – entrando assim na categoria de

¹⁷ Não somente o autor diz que “a permanent source of potential protest [is] that every determination of a specific future has an effect of social discrimination” (Luhmann, 1993: 129), mas afirma também que a forma “protesto” pode encontrar uma fonte inesgotável de temas quando ela introduz a questão da busca por igualdade (Luhmann, 1998, p. 681).

público – quando fazem seus protestos, isto é, quando eles comunicam sua insatisfação ou seu desejo de serem ouvidos no caso criminal. Em outras palavras, essas vítimas são aqui um público – um grupo de atores sociais externos ao sistema de direito criminal – que só entram nessa categoria pelo fato de se manifestarem, porque fazem protestos¹⁸. Essas manifestações podem ser um simples email a um jornal ou uma manifestação em redes sociais na qual se denuncia sua condição de vítima ignorada pelo sistema de direito criminal.

Todavia, não basta se assumir como vítima e comunicar sua opinião, ou seja, de exercer um papel social. Como temos aqui o sistema de direito criminal como observador de referência, a vítima só se torna público desse sistema quando suas comunicações por ele são percebidas e essas comunicações são vinculadas a um emissor exercendo o papel de vítima. Em outras palavras, a vítima se torna uma “irritação”, ou seja, deixa de ser um simples barulho ao qual não se dedica a atenção para se tornar uma comunicação que tem ressonância no interior do sistema (a ressonância podendo ser desde um reconhecimento da existência até uma decisão de sopesá-la em comunicações do sistema).

Mas as vítimas são também essa outra categoria de indivíduos atingidos por um evento criminal que não se manifestam. Se algumas reivindicam rapidamente a designação de vítimas, há um outro grupo que ou não verbaliza sua opinião em relação ao desenrolar da resposta do sistema de direito criminal ou é-lhe indiferente. Esse é o grupo que coloca menos problemas aqui em termos analíticos. Como estamos pensando o que seriam manifestações (estímulos) de vítimas de eventos criminais tendo o sistema de direito criminal como referência, trata-se de um grupo que não gera “ruído”. A existência de vítimas é um pressuposto da construção de um evento criminoso pelo referido sistema (ainda que elas sejam difusas, ausentes, hipotéticas etc.). Sua mera existência não é questão aqui, mas sim quando essa entidade “vítima” aparece para o judiciário. Em termos analíticos, portanto, a vítima que não se manifesta é uma categoria que podemos negligenciar.

4.1.3 As vítimas como comunicações de outros sistemas (organizadas em tema)

Já dissemos anteriormente que as vítimas são uma categoria invocada. O exemplo era de uma proposta de mudança legislativa no Canadá na qual o representante do governo sustentava que se tratava de corrigir uma situação intolerável para o público em geral e para as vítimas em

¹⁸ Ressaltemos que fazer um protesto não basta para que falemos de um movimento de protesto. Esse protesto pode sempre permanecer no estágio de uma comunicação efêmera que vai desaparecer assim que ela é concluída. (Luhmann, 1993, p. 126)

particular. Nesse caso, o ministro afirmava que era um insulto para as vítimas ver criminosos idosos receberem uma pensão do governo em virtude de sua idade.

Num tal caso, nenhuma vítima se manifesta diretamente para pedir o quer que seja. Trata-se de uma comunicação do sistema político – um ministro falando de uma proposta de mudança de lei – que tem a pretensão de falar em nome de uma categoria “vítimas”, mas que não precisa necessariamente das manifestações individuais para existir. Trata-se simplesmente do governo tentando colocar de pé uma agenda de mudanças legislativas.

Para ser mais preciso, sustentamos que os direitos das vítimas são um tema utilizado não apenas nas comunicações dos movimentos de protesto das vítimas, mas igualmente em comunicações de outros sistemas sociais. No nosso exemplo, é o sistema político que utiliza esse tema. Da mesma forma, poderia ter sido o sistema de mídia.

Neste ponto, a ideia de “tema” do sistema permite organizar bem essa ideia. Os temas são uma estrutura do sistema que “organiza a memória da comunicação. Eles agrupam as contribuições em conjuntos de elementos que se pertencem mutuamente (...)” (Ferrarese, 2007, p. 153; nossa tradução). Eis o que se passa com as vítimas nos sistemas político e de mídia: elas se tornaram um tema, um elemento que permite conectar comunicações passadas com conexões futuras; elas se tornaram também um “ponto de referência”, carregado de comunicações (nem sempre indo na mesma direção), que nos permite identificar uma certa comunicação como sendo ligada a toda uma problemática bem estabelecida. Os temas se distinguem também das simples comunicações porque eles adquirem uma certa estabilidade: se a comunicação desaparece assim que ela comunica, o tema funciona como uma estrutura de memória do sistema. Como diz Luhmann: “Communicative nexus must be ordered by themes to which contributions can relate. Themes outlive contributions; they integrate different contributions into a longer-lasting, short-term or even long-term nexus of meaning.” (Luhmann, 1984 [1995], p. 155)

Assim como o aquecimento global, a desigualdade da sociedade ou a ameaça do crime, as vítimas se tornaram um tema para o sistema política e o sistema de mídia. Os temas podem envelhecer e parar de suscitar interesse enquanto que outros temas podem surgir e se tornar importantes para o sistema, mas sua simples existência denota um interesse da sociedade a seu respeito.

Poderíamos dizer que as vítimas, lá pelos anos 1970, se estabilizam enquanto tema do sistema político e do sistema de mídias. Naquele momento, as comunicações sobre vítimas começam a se conectar como uma rede de sentido que amplifica a visibilidade da questão. As comunicações a propósito das injustiças sofridas pelas vítimas vão ganhar “durabilidade” pois

elas são a continuação de uma problemática que é conhecida. E a contínua renovação do tema dura tanto tempo quanto existirem novas contribuições e sistemas interessados.

4.2 A vítima no interior do sistema de direito criminal

Os desenvolvimentos que fazemos aqui nesta seção visam a mostrar que uma mudança de status da vítima no seio do sistema de direito criminal se produziu nas últimas décadas do século XX. Podemos constatar pela literatura¹⁹ que a presença da vítima no seio do referido sistema é bem mais importante do que ela era na emergência do sistema de direito criminal moderno lá pelo final do século XVIII.

Nossa forma de ver a vítima implica, como já mencionado, uma bifurcação teórica. Ela é ao mesmo tempo algo externo ao sistema de direito criminal (movimentos de protesto, comunicações de outros sistemas ou simplesmente um público do sistema) e algo que lhe pertence, que faz parte de suas operações, como tentaremos demonstrar nesta seção. Defendemos aqui que as transformações do papel da vítima no final do século XX nos obrigam a considerá-la como um elemento interno ao sistema de direito criminal. De qualquer forma, há argumentos para sustentar outro ponto de vista: mesmo que a vítima nos pareça integrada ao sistema, isso não parece se fazer sem dificuldades (como já demonstramos em XAVIER, 2012 e 2018).

Primeiramente, é preciso dizer que vítima sempre exerceu um papel bem enquadrado no âmbito do sistema de direito criminal. Essa afirmação não parece colocar muitos problemas. Por exemplo, a vítima sempre foi fonte de informação para o desenrolar do processo penal. Esse papel de depoente/informante está bem estabelecido em diferentes ordenamentos jurídicos ocidentais. Além disso, a vítima, na tradição do Direito Romano-Germânico, pode agir como parte subsidiária no processo criminal (assistente de acusação). Dessa forma, não se trata de dizer que a vítima não estava presente, mas que ela tem ocupado novos espaços com relação ao papel secundário que lhe foi tradicionalmente conferido.

Primeiramente, podemos notar lá pelo final do século XX uma mudança na percepção da restituição à vítima no interior do penal. De um lado, a questão da compensação à vítima não é uma preocupação nova. Na tradição jurídica romano-germânica, a compensação à vítima está

¹⁹ A literatura sobre a transformação do papel da vítima em relação ao sistema de direito criminal é bastante vasta e diversificada. Não podemos nos deter mais longamente sobre ela, infelizmente. Para nossos propósitos aqui, basta constatar que houve uma mudança de status em meados dos anos 70 (ou anos 80, em algumas jurisdições) e que essa mudança já foi bem diagnosticada. Para nos limitarmos a apenas algumas referências, uma coleção de pesquisas organizadas pelo instituto alemão Max Planck sobre a justiça penal e a vítima parece também constatar em diversos lugares essa aparição de novos papéis e de novas preocupações em torno da vítima (Kaiser, Kury et Albrecht, 1991).

presente em certos países desde o século XIX. Madler e Madler (1991, p. 349) nos informam que o primeiro Código Penal brasileiro, de 1830, já levava em conta a compensação da vítima. Essa ideia também aparece no Código Criminal mexicano do século XIX. Sem especificar datas, Kerner, Marks e Schreckling (1991: 478) vão afirmar que, na Alemanha, “the criminal courts have always been entitled to impose some sort of restitution or to mitigate punishment if such a compensation had already taken place”. No entanto, esse cenário aparenta ser bem distinto em países da tradição jurídica do Common Law²⁰. Weitekamp (1991), falando sobre os EUA e o Canadá, fala de uma completa exclusão da ideia de reparação do dano causado à vítima na esfera penal até os anos 1960²¹. É só nessa década e nas duas seguintes²² que se observa uma emergência da questão da compensação tanto na literatura quanto na legislação penal²³ e no aparecimento de vários programas que a tinham como objetivo²⁴. Mesmo a ONU, por exemplo, vai reconhecer o direito da vítima à reparação numa de suas comunicações²⁵. Em suma, mesmo que nas duas tradições jurídicas (*Common Law* e *Civil Law*) a compensação da vítima seja sempre secundária em relação à punição do infrator, ela vai ocupar no final do século XX um lugar bem mais importante na cena penal que tradicionalmente vinha ocupando. Quaisquer que sejam os programas implementados nas diferentes jurisdições, o fato é que hoje vê-se diferentemente a restituição à vítima de um crime: não se trata mais de algo absolutamente estranho ao sistema de direito criminal²⁶.

²⁰ Sobre a história da exclusão da vítima na tradição do *Common Law*, ver Laster (1970) e Walklate (2007).

²¹ Young (2001, p. 21) retracou a aparição das primeiras legislações sobre a compensação à vítima na tradição do Common Law (um detalhe importante: quando o autor fala de compensação, trata-se de uma reparação estatal e não do infrator): “New Zealand was the frontrunner by establishing the first legislative scheme in 1963 for state compensation to those injured by crime (in fact, this scheme was amended in 1972 to create the most comprehensive compensation scheme in the nature of no-fault insurance). In 1963 Britain established a royal commission to study the issue and by 1964 Britain established its first compensation scheme. California followed suit in 1965 and in 1969 Alberta established the first Canadian legislative scheme for victim compensation. By 1988 similar schemes had been enacted in all Canadian provinces.”

²² O autor menciona, por exemplo, uma revisão de estudos feita em 1980 sobre a questão da restituição em que 85% haviam sido publicadas a partir de 1970 (Weitekamp, 1991, p. 426).

²³ Waller (citado por Weitekamp, 1991, p. 428) falava de mais de duas mil leis nos EUA e no Canadá, entre 1975 e 1990, que tratavam da vítima, dentre as quais várias que se ocupavam da compensação. “The Congress of the U.S.A. passed in 1982 the Victim and Witness Protection Act and in 1984 the Victims of Crime Assistance Act, both calling for compulsory consideration of restitution. The *National Organization for Victim Assistance* reported in 1987 that all fifty states in the U.S. have laws who allow the use of restitution in order to make redress to the victim. In addition is the use of restitution a part of the sentence in 26 states mandatory and in cases where a judge does not impose a restitution order he/she has to give a written explanation why a restitution order was not imposed.” (Weitekamp, 1991, p. 430)

²⁴ Weitekamp (ibid.) vai se queixar da dificuldade de implementação dos programas que foram criados e também do alcance limitado da maioria desses programas (somente quando se trata de crimes contra a propriedade e quando o infrator é não reincidente).

²⁵ Em sua “Declaração dos princípios fundamentais de justiça relativos às vítimas da criminalidade e às vítimas de abuso de poder”, de 1985, do Alto Comissariado em Direitos Humanos, reconhece não apenas a restituição como um direito da vítima, mas também sugere aos governos de considerá-la como uma opção de pena.

²⁶ Um importante indicador dessa transformação no Canadá é a recomendação da Comissão de Reforma do Direito do Canadá, em 1974, de utilizar a compensação como uma alternativa à prisão (citado por Weitekamp, 1991, p. 431). No presente, o Código Criminal desse país prevê tanto uma forma de indenização à vítima (art.738) quanto um

Em segundo lugar, enquanto elemento próprio das operações do sistema de direito criminal parece encontrar uma boa plataforma no *victim impact statement*. Esse instituto jurídico se configura numa inovação razoavelmente recente (introduzido nos EUA em 1982²⁷, no Canadá em 1988²⁸ e na Corte Europeia no final dos anos 1990²⁹) que visa a levar em consideração as consequências de um delito para a vítima no momento de se atribuir uma pena. O artigo do Código Criminal canadense sobre a questão é bastante claro:

722. (1) Para determinar uma pena ou para decidir se o infrator deveria ser absolvido em virtude do artigo 730, o tribunal levará em consideração a declaração da vítima (...) sobre os danos— corporais ou outros— ou as perdas causadas a esta com o cometimento da infração.

Na declaração da vítima, encontramos um argumento bastante forte para falar de uma transformação do papel da vítima. Se a vítima desejar fazer uma declaração (uma vez que ela não é obrigatória), o juiz está obrigado a levá-la em consideração no momento de decidir sobre a pena. Eis aí então algo inusitado do ponto de vista da história do direito criminal: a determinação da pena, uma questão tradicionalmente conferida a *experts* (os juízes), no qual se avaliam critérios objetivos como o dano causado à vítima (avaliado pelo justiça e não pela vítima), as circunstâncias do crime, o histórico do criminoso etc., vê-se aqui diante de um novo elemento. As consequências “subjetivas”, o impacto psicológico tal qual comunicado pela vítima, tornam-se juridicamente pertinentes. Em outras palavras, a ideia de dano causado à vítima sempre existiu, numa noção geral de consequências do crime que o magistrado sopesa na hora de sentenciar. O que é diferente com o *victim impact statement* é que se trata de um *input* bem mais direto: trata-se menos de avaliar (para a justiça) o dano (não somente para a vítima, como para toda a sociedade) como um dos elementos para se determinar a pena justa, e mais de levar em consideração os danos comunicados pela vítima. Nesse cenário, trata-se de ajustar a pena de forma que ela “não cause maiores danos”, que ela seja “sensível ao sofrimento da vítima”. Tem-se aqui então menos um simples informante (quase uma testemunha a relatar o ocorrido), e mais um ator de peso cuja opinião deve necessariamente ser levada em consideração e a quem devemos satisfação. A comunicação da vítima é tomada aqui como comunicação interna do próprio sistema, que deve ser ponderada como outros elementos que estão dentro do sistema e não no seu entorno.

esquema de compensação estatal a partir do pagamento do que se chama de “sobremulta” (art.737). Mas o indicador canadense mais importante a respeito da emergência da reparação à vítima parece ser seu reconhecimento no artigo do código que fala nos princípios para se determinar uma pena: “to provide reparations for harm done to victims or to the community;” (art.718, e).

²⁷ Ver, para um histórico da declaração da vítima nos Estados Unidos, Erez (1990).

²⁸ Ver Miller (2007, p. 5-6) sobre as modificações legislativas que foram feitas para acomodar a declaração da vítima na legislação canadense.

²⁹ O caso James Bulger, sobre o qual trabalhamos durante nosso mestrado, foi o primeiro no qual a Corte Europeia de Direitos Humanos aceitou uma declaração desse tipo (ver XAVIER, 2005).

Finalmente, o último indicador da vítima enquanto elemento do sistema de direito criminal parece ser a justiça restaurativa. Trata-se de um modelo de justiça que pretende ser uma “ruptura” em relação ao modelo do sistema de direito criminal tradicional, “considerado como autoritário e punitivo” (Schuch, 2008, p.499). A questão subjacente à justiça restaurativa é a resolução de conflitos a partir da negociação de uma solução que seja aceitável para as partes implicadas. A vítima, na justiça restaurativa, retorna ao centro da cena e se torna protagonista da solução do conflito. Trata-se de uma ideia de resolução de conflitos que tomou uma tal dimensão nos últimos anos que se tornou tema de recomendação das Nações Unidas³⁰.

Os modelos de justiça restaurativa são bastante diversos, mas há sempre um pressuposto comum que implica que a vítima deve fazer parte do processo de resposta à infração e que essa resposta deve-lhe ser aceitável. Podemos pensar por exemplo no modelo implantado no Brasil nos anos 1990³¹. Nessa versão, a vítima participa da audiência de conciliação (uma tentativa de acordo) que, se bem sucedida, tem o condão de evitar o desencadeamento de um processo penal tradicional. O acordo entre vítima e agressor (com frequência uma indenização, um pedido de desculpas, uma ação reparadora ou um misto dessas soluções) coloca um fim ao conflito na esfera jurídica (tanto civil quanto penal), e evita que o infrator tenha uma condenação criminal³². Um outro país que mobiliza experiências de justiça restaurativa é o Canadá. Segundo o ministério da justiça desse país, os diferentes programas de justiça restaurativa adotados integram a vítima no processo de resposta ao delito e tem por objetivo “restabelecer” os laços, reparar os danos e impedir a reincidência” (Ministério da Justiça do Canadá, 2009^a). A justiça restaurativa, nesse país, pode tomar diferentes formas, como os círculos de sentença³³ ou como uma mediação entre vítima e infrator após a sentença com o objetivo de oferecer uma oportunidade de “cura” às partes implicadas³⁴.

³⁰ Ver as resoluções 1999/26 et 15/2001 do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas que recomenda aos países membros a adoção de mecanismos de justiça restaurativa.

³¹ Mais exatamente, em 1995, com a lei 9099.

³² Ver, sobre o *input* da vítima a partir dessa nova lei brasileira, Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça (2010). Sobre a justiça restaurativa no Brasil, ver Schuch (2008), Raupp e Benedetti (2007) e Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República.

³³ “Os círculos de sentença funcionam geralmente da seguinte maneira: após a declaração ou admissão de culpa, a corte convida os membros interessados da coletividade a se juntarem ao juiz, ao promotor, ao advogado, à polícia, aos assistentes sociais, aos anciãos da comunidade, assim como ao contraventor, à vítima e a seus familiares e às pessoas que a apoiam, e a se reunir num círculo para discutir a infração, os fatores que contribuíram pra que ela ocorresse, as penas possíveis e as formas de reintegrar o infrator na coletividade. Todos têm a oportunidade de se manifestar. Com frequência o círculo proporá uma pena reparadora – a ser cumprida na coletividade, comportando alguma forma de restituição à vítima –, serviço comunitário e ou um tratamento ou aconselhamento. Por vezes, os membros do círculo ofereceram ajuda para assegurar que o infrator respeite as obrigações da pena comunitária, enquanto que outros oferecerão algum apoio à vítima. Importa mencionar, todavia, que os círculos de sentença recomendam por vezes um período de prisão. Além disso, os juízes não estão obrigados a aceitar suas recomendações.” (Ministère de la Justice du Canada, 2009b; nossa tradução)

³⁴ Ver, sobre os programas de mediação no Canadá, o site do serviço correccional desse país sobre o tema: <http://www.csc-scc.gc.ca/text/rj/vom-fra.shtml> Accès au 10 août 2010.

Eis aí então três novos instrumentos – a compensação, o *victim impact statement* e a justiça restaurativa – que parecem mudar o lugar da vítima no sistema de direito criminal. A partir desses três elementos, acreditamos ser possível dizer que, para além dos papéis externos que já mencionamos, a vítima se tornou um componente não negligenciável do sistema de direito criminal. As operações desse sistema reproduzem hoje uma preocupação – quanto ao desenvolvimento do processo e a determinação de uma pena – de levar em consideração a opinião da vítima. Não se trata de decidir como ela demanda, mas de levar em conta seu desejo e de se preocupar com ela ao longo do processo (seja em relação à necessidade de obter informações para o processo seja em relação a uma ideia hoje mais presente de reparação ou seja ainda em relação a uma vontade de infligir uma pena que leve em conta “seus direitos”).

Com uma metáfora bíblica, Garapon sustenta que em pouco tempo passamos de um direito penal “adâmico”, constituído de proibições que não precisam se justificar, a um direito penal “abélico”, “no qual o mal se confunde com um prejuízo causado a outro homem” (Garapon, 2001, p.251). Estamos de acordo com ele sobre a emergência desse novo olhar (um olhar civilista, poderiam dizer) no seio do direito penal. No entanto, não se trata de um fenômeno estabilizado, por assim dizer, que já tenha ultrapassado as resistências no interior do penal. Por essa razão, esse enquadramento teórico em relação à presença da vítima no interior do sistema de direito criminal pode ser contestado. E como já demonstramos (XAVIER, 2012, 2018) empiricamente, essas resistências são bastante presentes.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para finalizar, gostaríamos simplesmente de lembrar que essa construção teórica que acabamos de fazer pretende dar conta das vítimas que são percebidas pelo sistema de direito criminal. Certamente, outras categorias de vítimas existem, mas o problema que estudamos não ultrapassa o limite da irritação do sistema criminal. As vítimas que este ignora – no sentido forte, ou seja, cuja existência é ignorada ou é indiferente – não nos concernem aqui.

Finalmente, para facilitar a compreensão, acrescentamos um quadro sobre as diversas categorias de vítimas tais como as definimos.

Vítimas no entorno do Sistema de Direito		Vítimas no interior do Sistema de Direito	
Criminal		Criminal	
1) Movimentos de vítimas como movimentos de protesto		1) Uma nova figura jurídica. 3 elementos indicateurs	- <i>victim impact statement</i>
2) Público (ator social)	- que se manifesta		- a reparação
	- que não se manifesta (categoria negligenciável)		- a justiça restaurativa
3) Tema de comunicações de outros sistemas			

Para concluir, apenas ressaltamos que este artigo pretendeu dar uma contribuição teórica para aqueles que pretendem pensar a relação do sistema de direito criminal e as vítimas de crimes. Punir em democracia é um exercício de equilíbrio sempre muito difícil para a justiça criminal. As demandas de vítimas oferecem um permanente fator de irritação para o sistema, que permanentemente procura adaptar o seu programa aos estímulos de seu ambiente (ainda que seja para ignorá-los). O risco de uma deriva demasiado punitiva é sempre um horizonte possível quando o autorretrato do sistema toma como valor de face as demandas punitivas de vítimas como demandas de reconhecimento legítimas.

6 BIBLIOGRAFIA

BRASIL. Lei nº. 8.930 de 06 de setembro de 1994. Dá nova redação ao art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18930.htm>. Acesso em: 25 jul. 2019.

BRASIL. **Lei nº. 9.099 de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm>. Acesso em: 25. Jul. 2019

BRASIL. **Lei de 16 de dezembro de 1830**. Código Penal Brasileiro de 1830. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm>. Acesso em: 25 jul. 2019

BOULAY, Alain. APEV: **Aide aux Parents d'Enfants Victims**. Disponível em:

<<http://www.apév.org/index.php?op=edito>>. Acesso em: 25 jul. 2019.

CANADA. **Criminal Code**, 1985. Disponível em: <<https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/C-46/FullText.html>>. Acesso em: 25 jul. 2019.

CBC News Staff. Prison inmates to lose old benefits. **CBC News**, Canada, 01 jun. 2010

Disponível em: <<https://www.cbc.ca/news/canada/prison-inmates-to-lose-old-age-benefits-1.888490>> Acesso em: 25 jul. 2019.

CSC Staff. La justice réparatrice. **Service Correctionnel Canada**, Canada, 21 dez. 2016.

Disponível em: <<https://www.csc-scc.gc.ca/justice-reparatrice/index-fra.shtml>>. Acesso em: 25 jul. 2019

CTV.ca News Staff. Bill would cut off pensions for federal prisons inmates. **CTV News**, Canada,

1 jun. 2010. Disponível em: <<https://www.ctvnews.ca/bill-would-cut-off-pensions-for-federal-prison-inmates-1.517963>> Acesso em: 25 jul. 2019.

ECOSOC, Conselho Econômico e Social das Nações Unidas. International cooperation for the control of narcotic drugs. **Resolução 15/2001**. 40ª Plenária, 24 jul. 2001. Disponível em:

<<https://www.un.org/ecosoc/sites/www.un.org.ecosoc/files/documents/2001/resolution-2001-15.pdf>>. Acesso em: 25. Jul. 2019

ECOSOC, Conselho Econômico e Social das Nações Unidas. International cooperation for the control of narcotic drugs. **Resolução 26/1999**. 43ª Plenária, 28 jul. 1999. Disponível em:

<https://www.unodc.org/documents/commissions/CCPCJ/Crime_Resolutions/1990-1999/1999/ECOSOC/Resolution_1999-26.pdf>. Acesso em: 25. Jul. 2019

ERNER, Guillaume. **La société des victimes**. Paris: La découverte, 2006, p.65

EREZ, Edna. Victim participation in sentencing: rhetoric and reality. **Journal of Criminal Justice**, 1990, vol. 18, p.19-31.

ESTADOS UNIDOS. **The Victim and Witness Protection Act of 1982**. Public Law 97-291, 97º Congresso. Disponível em: <<https://www.govinfo.gov/content/pkg/STATUTE-96/pdf/STATUTE-96-Pg1248.pdf>>. Acesso em: 25 jul. 2019.

FERRARESE, Estelle. **Niklas, Luhmann, une introduction**. Paris: La Découverte, 2007, p. 153.

GARAPON, Antoine. La Justice Reconstructive. **Et ce sera justice. Punir en démocratie**. Paris : Éditions Odile Jacob, 2001, p. 251

GARLAND, David. **The Culture of Control. Crime and Social Order in the Contemporary Society**. Chicago: University of Chicago Press, 2001, p.144

KAISER, Günther; KURY Helmut; ALBRECHT, Hans-Jöng. **Victims and Criminal Justice. Legal Protection, Restitution and Support**. Freiburg: Max Planck Institute, 1991.

LUHMANN, Niklas. **A Sociedad de la Sociedad**. Mexico: Editorial Herder, 2006, p.673-685

LUHMANN, Niklas. **Ecological Communication**. Chicago: University of Chicago Press, 1989, p. 126

LUHMANN, Niklas. **Risk. A Sociological Theory**. New York: Aldine de Gruyter, 1993, p. 126- 143.

LUHMANN, Niklas. **Social Systems**. Stanford: Stanford University Press, 1995.

MADLER, Kurt; MADLER, Silma Marlice. The Past and Present State of Victim's Compensation in Brazilian Law and the Need for Reform. **Victims and Criminal Justice. Legal Protection, Restitution and Support**. Freiburg : Max Planck Institute for Foreign and International Penal Law, 1991,p. 349.

MILLER, Karen Lee. Étude sur la déclaration de la victime dans les affaires d'agression sexuelle en Nouvelle Écosse :aperçu des méthodes utilisées et observations préliminaires. **Juste Recherche**, 2007 n.14, p.5-14.

Ministério da Justiça do Canadá. **Organisation de l'appareil judiciaire du Canada**. Ottawa : Ministère de la Justice. Disponível em: <<http://www.justice.gc.ca/fra/min-dept/pub/ajc-ccs/page3.html>>. Acesso em: 11 out. 2010.

NCVC.org. **Victims of Crime**. Disponível em: <<https://victimsofcrime.org/home>>. Acesso em: 25 jul. 2019.

PIRES, Alvaro P. Alguns obstáculos a uma mutação “humanista” do direito penal. **Sociologias**,1999, vol.1, n.1, p.64-95.

ROBERTS, Julian. Victim impact statements and the sentencing process: recent developments and research findings. **Criminal Law Quarterly**, 2002b, vol.47, p.365-396.

SEBBA, Leslie. **Third Parties**. Columbus : Ohio University Press, 1996.

WALKATE, Sandra. **Imagining the Victim of Crime**. New York: Open University Press, 2007

WEITEKAMP, Elmar. Recent Developments on Restitution and Victim-Offender Reconciliation in the USA and Canada: An Assessment of G.Kaiser, H.Kury and H.-J. Albrecht. **Victims and Criminal Justice. Legal Protection, Restitution and Support**. Freiburg : Max Planck Institute for Foreign and International Penal Law, 1991.

XAVIER, José Roberto. La Reception de l'Opinion Publique par le Système de Droit Criminel. **Tese de Doutorado**. Department of Criminology, University of Ottawa, 2012.

XAVIER, José Roberto. A opinião pública e o sistema de direito criminal: sobre as dificuldades de compreender essa relação complexa. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 23, p. 149-164, 2015

XAVIER, José Roberto. The problem of the acceptance of the non-punitive victim in the criminal justice system. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, v. 34, p. 1-15, 2018.

YOUNG, Alan N. The Role of the Victim in the Criminal Process: a Literature Review – 1989 – 1999. **Victims of Crime Research Series**. Ottawa: Department of Justice, Research and Statistics Division, 2001, p.21