

FUNCIONALISMO E VÍTIMA: DE FIGURANTE À PROTAGONISTA

FUNCTIONALISM AND VICTIM: FROM FIGURANT TO PROTAGONIST

Maria Auxiliadora Minahim¹
UFBA

Resumo

O caminho percorrido pela vítima no sistema penal tem variado do absoluto protagonismo, à irrelevância de sua figura. A Criminologia desempenhou um papel importante no processo de reintrodução do titular do bem jurídico no direito, pleiteando compaixão e respeito por sua dignidade. O direito penal vem reinserindo a vítima no papel de protagonista através de teorias funcionalistas, situando-a, em algumas hipóteses, como corresponsável pelo evento lesivo.

Palavras-chave

Vítima. Situação no sistema jurídico penal. Corresponsabilidade pelo resultado.

Abstract

The path taken by the victim in criminal law has varied from absolute protagonism, to its irrelevance. Criminology played an important role demanding for a larger attention to victims and pleading for compassion and respect for their dignity. Criminal law has reinserted the victim in role of protagonist through functionalist theories, placing him, in some cases, as co-responsible for the harmful event.

Keywords

Victim. Situation in the criminal justice system. Co-responsibility

1. INTRODUÇÃO

A vítima vem ocupando um espaço importante nas preocupações não só da criminologia e do processo penal, mas também, da doutrina penal, desde as últimas décadas do século passado. A ideia de que sua presença deve ser mais considerada no

¹ Professora Titular de Direito Penal da UFBA. Doutora em Direito pela UFPR e pela UFRJ.

momento em que o Estado exerce o poder de punir é uma constante. De fato, como se tem repetido, passada a idade de ouro na qual tinha o direito pessoal à restauração da lesão sofrida, sua figura ficou esquecida, ou melhor, diluída entre provas e procedimentos.

Atualmente, é raro que se comece uma exposição sobre a vítima sem que se fale de seu redescobrimento como presença indispensável na legislação criminal, porque, afinal ela é a pessoa mais atingida pelo crime. A apropriação do conflito pelo Estado, tem sido apontada como o fator mais responsável pela dispensa da vítima da posição central que ocupava. Tal exclusão pode ser explicada em grande parte pela própria definição do crime, que passou a ser percebido como fato reprovado pela sociedade e não apenas como uma ofensa particularizada em uma pessoa.

Entende-se, portanto que o delito afeta a paz pública na medida em que os interesses e valores protegidos são aqueles considerados relevantes para uma determinada sociedade. Consiste, portanto, em um atentado à estabilidade da norma que precisa ser reafirmada, com respeito aos princípios constitucionais.

A nova escalada de prestígio da vítima tem-se destacado sobretudo no processo penal, graças também aos impulsos da justiça restaurativa que reúne as partes e a comunidade para tratar dos danos causados pelo crime e da melhor forma de se chegar uma solução satisfatória para todos.

No âmbito do direito penal, porém as transformações que enfatizam a figura do ofendido, em regra o fazem em seu desfavor para inseri-lo no âmbito da imputação objetiva quando atua de forma considerada voluntariamente imprudente.

A contribuição do trabalho consiste em desvelar como as novas construções do direito penal reinserem a vítima de forma negativa em sua esfera de ação, dando-lhe um relevo que se opõe às modernas considerações da Criminologia.

O trabalho desenvolveu-se a partir de pesquisas de autores nacionais, mas também de autores alemães e espanhóis que alavancaram os estudos sobre a corresponsabilidade. Recorreu-se

também à produção de estudiosos franceses e americanos em razão do seu amadurecimento e solidez no estudo da vítima.

2. A VÍTIMA NO SISTEMA CRIMINAL

A ofensa, um ato ilícito que viola a ordem de uma determinada sociedade, pode suscitar diferentes reações. De acordo com a história, a primeira resposta à violência teria assumido a forma de vingança privada ilimitada: a vítima e / ou o grupo de solidariedade a que está ligada (família, clã, tribo) vingavam-se do autor do dano ou dos que lhe eram próximos. Esta agressão, por seu turno, gerava novas violências, inevitavelmente ligadas, que podiam constituir um ciclo sem fim². É difícil reconstruir a intensidade com que o dever de sangue obrigava as pessoas à retribuição, a não ser pela imaginação proporcionada por relatos esparsos de doutrinadores que revelam a crueza com que se manifestava.

O livro de Ismail Kunderá, *Abril Despedaçado*³, embora ficcional, expressa com densidade o drama de um matador da Albânia rural, uma região montanhosa no norte do país. Trata-se de estória que se passa em torno do ano de 1930, portanto muito distante do período que se chamou de vingança privada. O livro trata da obrigação cultural, enraizada nos habitantes daquele país, inserida em leis não escritas, que constituem o Kanun. Esse código estabelece que o sangue que for retirado de um clã, deve ser recobrado por um membro da família do morto. Na estória, o

² CARBASSE Jean-Marie. *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*. Presses Universitaires de France, 2014, p. 13 à 30. Disponível em: https://ledroitcriminel.fr/la_science_criminelle/penalistes/introduction/prins_dvpt_hist_droit_pen.htm. Acesso em 5 out. 2020. https://ledroitcriminel.fr/la_science_criminelle/penalistes/introduction/prins_dvpt_hist_droit_pen.htm. Acesso em 5 out. 2020.

³ KUNDARÉ, Ismail. *Abril despedaçado*. São Paulo: Saraiva, 2006.

vingador é um jovem camponês que vaga pelas montanhas, procurando sua vítima e imaginando-a, com terror, em cada curva. Ao cumprir sua dívida, o jovem instalaria a obrigação da família enlutada de retribuir a morte que deveria se fazer sobre ele mesmo conforme o trágico código de honra que regia as dívidas de sangue.

Foram estabelecidos, no correr dos tempos, limites para a vingança através de mecanismos regulatórios que afastaram a vítima do protagonismo que exercia, como ocorre a qualquer sociedade na medida em que se organiza. Esse distanciamento do lesado do processo de restauração da violação significou que o grupo reconheceu que sua subsistência dependia do exercício do controle social da violência, estabelecendo em seu lugar outras alternativas⁴. A correção da vingança de sangue surge como forma de reconciliação de sangue que interrompe a luta e traz a reparação pelo dano causado. A autoridade central passa, então, a conter as paixões individuais que florescem nas lutas privadas, promovendo a pacificação; limitando a duração das lutas por meio de tréguas, de modo a dar tempo aos ressentimentos para se acalmarem.

A história permite constatar, dessa forma, que a centralidade da vítima na resolução do conflito não significou que o direito penal fosse mais humano do que aquele engendrado pelo Estado. É possível desejar, no entanto, que proposta de reinserção da vítima no processo de recomposição do dano causado pelo autor, após o processo civilizatório, possa produzir outros resultados, devolvendo-lhe a oportunidade, para uma participação moderada e mais imparcial.

Aplacar a emoção despertada pelo crime, todavia, como já foi observado pela psicologia dinâmica ou do profundo, reclama uma resposta sob forma de represália em razão da tensão interior, provocada pelo crime. Muitas vezes a tensão é inconsciente. Essa teoria das necessidades emotivas de punição adverte para os desejos retributivistas do ofendido, revelando a necessidade de cuidados quando da sua participação na reação ao

⁴ PRINS, Adolphe. *Développement historique du droit pénal*. Extrait de « Science pénale et droit positif. Bruxelles – Paris, 1899.

crime⁵. Mecanismos nesse sentido podem ser criados e aperfeiçoados, todavia, com vistas a prestigiar a figura que, com maior proximidade, sofre os efeitos do crime.

Tem-se assistido, de fato, a uma sucessiva oferta de possibilidade de acordos entre vítima e agente que desvelam a possibilidade de conciliações e restaurações da ofensa por vias que excluem ou mitigam a sanção penal. Recentemente, tem-se afirmado, que, em determinados crimes, a vítima não objetiva a condenação do autor, satisfazendo-se com outras ações que proporcionem o sentimento de restauração da ofensa, sendo possível, algumas vezes, que isso signifique um pedido sincero de desculpas.

No processo, a justiça restaurativa abriu-lhe maior espaço na medida em que se afirma que a técnica prima pela sensibilidade na escuta das vítimas e dos ofensores. Pode-se referir também à possibilidade de participação ativa nos crimes de pequeno potencial ofensivo, através de acordo que, na forma do artigo 74 da Lei n. 9.099/95, poder excluir o processo legal. Os acordos facilitam o cumprimento de um dos objetivos da pessoa lesada na medida em que para alcance de seus propósitos estará empregando “os meios disponíveis para o alcance dos seus objetivos com o menor desperdício de recursos”⁶.

Schunemann⁷ alerta, porém, que nos casos de composição, em substituição à sanção, já se chegou ao momento de descriminalização de condutas que possam ser assim reparadas, devendo-se excluir a criminalidade menos grave dos limites do

⁵ MORSELLI, Helio. A função da pena à luz da moderna criminologia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 5, n19, julho a setembro, 1997, p.39-46. p.42.

⁶ TABAK, Benjamin Miranda, PEREIRA José de Lima Ramos. Análise econômica do processo. *Nomos*, Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC, Volume 3, jul/dez 2019.p.39-60, p.44.

⁷ SCUNEMANN, Brend. A posição da vítima no sistema penal: um modelo em três colunas. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 112-123, p.123.

direito penal. Da mesma forma, o autor alemão⁸ opõe-se ao que chama de abolicionismo de Lüderssen que propõe uma indenização às vítimas feita de ofício pelo Estado, o que esvaziaria da pena a mensagem segundo a qual certas ações que provoquem dano social são proibidas.

Parece, dessa forma, que num processo pendular, como se desenvolvem as ideias humanas, a vítima do delito está a caminho de se tornar outra vez a figura-chave no processo penal, embora com outra configuração⁹.

Nesse sentido, autores do *common law*¹⁰ falam da crescente importância dos advogados das vítimas em várias jurisdições, o que comprovaria a preocupação em lhes dar um *status* real e direitos efetivos em termos de representação legal. Um advogado pode, portanto, nesse sistema, acompanhá-las ao longo de todo o processo legal, desde as audiências antes do julgamento até os procedimentos de condenação e recurso. No entanto, a tradição mostra que, usualmente, sua participação era consubstanciada *no impact statement*, uma carta escrita ou uma declaração verbal feita ao juiz antes da sentença de forma que o magistrado pudesse sentir como o crime impactou em suas vidas. Esse recurso também é utilizado na ocasião de decisão sobre o livramento condicional.

Nesse contexto, integrar a vítima nos processos, dando-lhes um espaço mais generoso, sobretudo em jurisdições de *common law*, representaria um verdadeiro desafio, não sem

⁸ Idem, p.114.

⁹ DENHAM D., WOLHUTER L, OLLEY, Neil. *Victimology victimization Victimization and victims'rights*. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/286819684_Victimology_Victimisation_and_victims%27_rights: 5University of Wolverhampton Disponível em: <https://www..> Acesso em 11 out. 2020.

¹⁰ KIRCHENGAST, Tyrone. Les victimes comme parties prenantes d'un procès pénal de type accusatoire. Les droits des victimes dans un contexte international. *Criminologie*, Volume 44, Numéro 2, Automne, 2011, p. 99–123.

ceticismo¹¹. Os críticos argumentam que dar-lhes mais espaço mina os procedimentos que visam a garantir um julgamento justo para os acusados no qual este se confrontaria com o Estado. Sugere-se também a possibilidade de que, tal prestígio concedido ao lesado, atenda, sobretudo, a um imperativo político que visa apaziguar os interesses de grupos específicos¹².

Na Alemanha, a Lei de Proteção à Vítima assegura que aqueles que tiverem sido o sujeito passivo em crimes de lesões corporais, sequestros ou delitos sexuais podem participar do processo com direito a vista doas autos, participação nas audiências, como co-acusadores¹³.

O equilíbrio entre uma participação demasiadamente ativa e o esquecimento ou menosprezo pela vítima do crime levou Cédric Riberye¹⁴, de forma quase poética, a dizer que: “esteja ausente e é a figura do julgamento que parece muito pálida; que seja muito ouvida e é o equilíbrio do processo que está em perigo; que não seja ouvida o suficiente e é a equidade que vacila. Esse justo equilíbrio deve ser a meta a ser alcançada. No entanto, o autor assevera que ela já está em vias de se transformar na figura chave do processo.

Já no direito penal brasileiro, não fora o artigo 59, poder-se-ia falar em um espaço apenas modesto no código, espaço no qual o papel da vítima estaria basicamente restrito ao

¹¹ Conforme: Ashworth, 1993; Edwards, 2004, 2009; Duff et al., 2007; Wolhunter et al., 2009 em: KIRCHENGAST, Tyrone. *Les victimes comme parties prenantes d'un procès pénal de type accusatoire*, op. cit.

¹² Idem

¹³ SCUNEMANN, Brend. A posição da vítima no sistema penal: um modelo em três colunas. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo Marcial Pons, 2013. p. 112-123, p. 118.

¹⁴ RIBEYRE, Cédric. *La Victime de l'Infraction Pénale*. Paris: Dalloz, Collection Actes, 2016. Tradução livre da autora. No original: qu'elle soit absente et c'est la figure du procès qui paraît bien pâle; qu'elle soit trop entendue et c'est l'équilibre de la procédure qui est en péril ; qu'elle ne le soit pas assez et c'est l'équité qui vacille.

agravamento do crime através das circunstâncias agravantes e à possibilidade de participar da deflagração da ação penal. No artigo 59, o legislador consagra ao comportamento da vítima uma atenção especial na medida em que possibilita que a pena base varie em razão do seu comportamento. A regra introduzida em meados do século passado tem sido interpretada, no entanto, como passível de aplicação apenas quando favorece ao agente. Decisões do STJ¹⁵ orientam nesse sentido, deixando de considerar a posição da vítima ideal ou totalmente inocente que em nada contribuiu para a lesão o que, em tese, torna a conduta do autor mais reprovável.

3. A VÍTIMA NO PLANO INTERNACIONAL

A década de oitenta do século passado tem sido identificada como sendo a época a partir da qual os governos ocidentais têm trabalhado para melhorar a condição das vítimas do crime. Nessa missão, os Estados foram influenciados pelo Tribunal Penal Internacional que lhes concedeu o direito de participar do processo, bem como o de buscar reparação, pela Declaração dos Princípios Fundamentais de Justiça relativos às Vítimas de Crimes e Abuso de Poder, aprovada pela Assembleia

¹⁵ “De fato, de acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, apenas se admite a valoração da mencionada circunstância em benefício do agente, devendo ser neutralizada na hipótese contrária, de não interferência do ofendido no cometimento do crime.” (HC 255.231/MG). [...] o decisum da origem se posicionou em dissonância com a compreensão já pacificada desta Corte, de que o comportamento da vítima apenas deve ser considerado em benefício do agente, quando a vítima contribui decisivamente para a prática do delito, devendo tal circunstância ser neutralizada na hipótese contrária, de não interferência do ofendido no cometimento do crime, não sendo possível, portanto, considerá-la negativamente na dosimetria da pena.” (HC 278.045/AL)

Disponível em:
<https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/jurisprudencia-em-temas/adoutrina-na-pratica/circunstancias-judiciais-1/comportame>. Acesso em: 13 out. 2020.

Geral da ONU em 1985. Esse documento destaca, no artigo 4º, a necessidade de compaixão e respeito à dignidade, no tratamento das pessoas vitimadas, assegurando-lhes indenização compensatória. Pode-se afirmar que, neste período, o significado de justiça para as vítimas ganhou especial atenção, enfatizando-se soluções que pudessem reparar as feridas causadas pelo crime¹⁶.

É importante referir também a preocupação da Corte Interamericana de Direitos Humanos com a satisfação da vítima que, aparentemente, se realiza, de preferência, com a retribuição. Seria a volta do pêndulo através do CIDH. Como bem conclui Mariângela Gomes¹⁷, esta Corte com vistas a punir os Estados pelos atos praticados nos regimes de exceção na América Latina e obter a condenação do acusado, não hesita em desconsiderar “garantias constitucionais voltadas a limitar o direito de punir estatal, como o princípio de legalidade e sua garantia da irretroatividade das normas penais”. Há decisões explícitas sobre o fato de que a vítima tem o direito à punição do criminoso e que não basta o ressarcimento de dano ou pedido público de desculpas e assunção da culpa pelo Estado.

Deve-se acrescentar que o princípio *pro homine*, inscrito na Convenção de Viena de 1969, promulgada pelo Brasil, prescreve que deve ser ampliada a fruição dos direitos humanos, contra possíveis abusos do Estado, ou seja, em regra em favor do acusado. Ocorre que a CIDH faz interpretação em favor da vítima, conforme a mesma autora¹⁸, o que afeta concepção estritamente liberal de direitos humanos como instrumentos de defesa do

¹⁶ WEMMERS Jo-Anne, RAYMOND Émilie. La justice et les victimes: l'importance de l'information pour les victims. *Les droits des victimes dans un contexte international*. Volume 44, Numéro 2, Automne 2011, p. 157–169. Disponível em: <https://www.erudit.org/fr/revues/crimino/2011-v44-n2-crimino1817436/1005795ar/>. Acesso em: 14 out. 2020.

¹⁷ GOMES, Mariângela de Magalhaes. *Análise crítica da jurisprudência punitivista da Corte Interamericana de Direitos Humanos* - Volume 11. Minas Gerais: Ed. D'Plácido, 2018. p. 405-408.

¹⁸ Idem, *passim*.

indivíduo contra possíveis abusos do Estado. São inegáveis, basta uma leitura das sentenças, os esforços despendidos para dar uma resposta às vítimas das graves violações por ela sofridas em regimes ditatoriais.

4. REDESCOBRINDO A VÍTIMA

A Criminologia foi o saber responsável pelo destaque dado à vítima e ao atendimento às suas necessidades com ênfase, na sua participação no processo, sua proteção e reparação. É indispensável, nesse âmbito, referir à obra de Benjamin Mendelsohn¹⁹, que foi um dos primeiros criminologistas a criar uma tipologia vitimológica nos anos cinquenta do século passado. O advogado israelita cuidou de categorizar as vítimas conforme sua maior ou menor participação no desencadeamento do fato em seis tipos, quais sejam, vítima completamente inocente (vítima ideal), vítima de culpabilidade menor (vítima, por ignorância), vítima tão culpável quanto o infrator (vítima voluntária), vítima mais culpável que o infrator, (provocadora e imprudente); e a vítima mais culpável ou unicamente culpável, subcategorizada em vítima simuladora (que imputa falsamente a prática do crime a outrem) e vítima imaginária.

É sempre oportuno fazer uma aproximação entre a classificação de Mendelshon e o olhar parcial que se faz sobre a vítima de estupro nesse país. Trata-se de uma tendência preconceituosa do direito brasileiro que se inclina no sentido de considerá-la como vítima provocadora, sendo, por isso, submetida a novo e cruel processo de vitimização pelo sistema criminal. Os crimes contra a dignidade sexual são, em verdade, um campo farto para revelação de irracionalidade masculina que se concretiza em

¹⁹ Mendelsohn, B. Victimology and contemporary society's trends. *Victimology*, 1(1), 8-28, 1976.

juízos e, até mesmo, na doutrina. Nelson Hungria²⁰, por exemplo, ao tratar do crime de estupro já fazia referência a frequentes acusações falsas, feitas notadamente por mulheres histéricas ou neuropáticas. Já, Camões, nos Lusíadas²¹, descrevia a figura feminina tipicamente provocadora: “Fugindo as ninfas vão por entre os ramos, mas, mais industriosas que ligeiras, pouco a pouco sorrindo e gritos dando, se deixam ir dos galgos alcançando”.

Alguns julgados não disfarçam essa posição como, por exemplo, aquele do Tribunal de Justiça do Paraná que conclui: “*se a mulher alega sem qualquer lesão ter sido estuprada por um só homem que se utilizou apenas da força física, suas declarações devem ser recebidas com reservas ou desconfiança*”. RT 534/315²².

Também merece apreciação o caso relatado por Jescheck²³ no qual um jovem camponês mantém relações sexuais consentidas com uma mulher oligofrênica, mas “de particular sensualidade”, sem consciência da proibição jurídica da prática do ato por presunção de violência. Merece destaque a valor dado à sensualidade – elemento sujeito à valoração masculina – em detrimento da condição da saúde mental da mulher para ver, no caso, uma hipótese de erro de proibição.

A moral sexual dominante identifica essas vítimas com aquelas consideradas mais culpadas ou tão culpadas quanto o criminoso, conforme a classificação de Mendelshon. Vera Regina

²⁰ HUNGRIA, Nelson. Comentários ao código penal, vol. VIII, Rio de Janeiro: Forense, p. 213.

²¹ CAMÕES, Luís de. *Os Lusíadas* Livros Digitais, p. 467. Disponível em: <https://www.livros-digitais.com/luis-de-camoes/os-lusiadas/467>. Acesso em 15 out. 2020.

²² DELMANTO, Celso. Código Penal comentado. Rio de Janeiro: Renovar, 1988. p. 390.

²³ JESCHECK, Hans-Heinrich. Tratado de Derecho Penal. Parte General. 5ª ed. Traductor Olmedo Cardenete, Miguel. Espanha: Editorial Comares, 2003, p.624.

Andrade²⁴ destaca que, do ponto de vista da moral masculina, prostitutas e mulheres consideradas desonestas não são tidas como vítimas de estupro, podendo, até mesmo ser transformadas em acusadas, “num nível crescente de argumentação que inclui ela ter “consentido”, “gostado” ou “tido prazer”. Constata-se assim, que o conceito de vítima está submetido a um critério de honestidade, assim como o de autor pode estar submetido, muitas vezes, a um padrão socioeconômico, entendimento que também partilha a mesma autora.

Essas observações não pretendem invalidar achados da criminologia que revelaram a importância em alguns crimes do comportamento da vítima para a produção do resultado. Martin Wolfgang²⁵ afirma, por exemplo, que, em crimes de homicídio a vítima colabora, frequentemente, para o delito, excetuando-se, obviamente, aquelas que são totalmente inocentes. O autor refere-se a estudos históricos sobre a contribuição do sujeito passivo para a lesão de que é vítima, destacando aquele realizado por Von Henting²⁶ que traz importantes contribuições sobre a relação entre vítima e o autor – o dueto do crime - sobretudo nos crimes de homicídio.

5. EXTENSÃO DO PAPEL DA VÍTIMA NO DIREITO PENAL

²⁴ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Violência sexual e sistema penal: proteção ou duplicação da vitimização feminina? *Sequência, estudos jurídicos e políticos*. N.33. 1 de janeiro 1996. SC, Brasil.

²⁵ WOLGANG, Martin. Victim Precipitated Criminal Homicide. *The Journal of Criminal Law, Criminology, and Police Science*. Vol. 48, No. 1, May - Jun. 1957, p. 1-11. Published By: Northwestern University Pritzker School of Law. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1140160>. Acesso em: 16 out. 2020.

²⁶ Apud: WOLGANG, Martin. Victim Precipitated Criminal Homicide. *The Journal of Criminal Law, Criminology, and Police Science*. Vol. 48, No. 1 (May - Jun., 1957), p. 1-11. Published By: Northwestern University Pritzker School of Law. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1140160>. Acesso em: 16 out. 2020. p.1.

De vítima tão culpada quanto o criminoso para a construção da autorresponsabilidade dos autores funcionalistas em direito penal ocorreu apenas um salto. Não que os fundamentos convocados pelos penalistas fossem idênticos. Para algumas construções foram as razões política criminal que influíram, para outras a necessidade de coerência teórica da dogmática, mas todas chegam a um ponto em comum no sentido de afastar a imputação ao agente em casos nos quais a conduta da vítima participa da geração do perigo que resultou em lesão a seu interesse.

O realce na conduta da vítima deveu-se sobretudo ao fato de não bastarem às teorias funcionalistas, para atribuição do resultado ao agente, a causalidade entre sua ação e o resultado e o respectivo elemento subjetivo da conduta. Em outras palavras, alcançou-se um patamar no direito penal em que dogmática penal não se resume a construções ontológico-descritivas, tem sentido necessária a incorporação de elementos axiológico-valorativos na teoria do delito, o que permite um novo olhar sobre o autor e o titular do bem jurídico. Aos elementos tradicionais, somaram-se elementos normativos, de valor, mais especificamente somou-se a ideia de risco juridicamente desaprovado à noção de tipo. Dessa forma, entre as elementares do tipo está a criação pelo autor do risco juridicamente não permitido e sua realização no resultado.

Lucas Gabriel Costa²⁷ formula, nesse passo, uma indagação relevante: se o agente é aquele que é responsável pela fonte do perigo que se realiza no resultado previsto na tipo e, se os tipos penais proíbem o risco criado por terceiros, e não aqueles que foram gerados pelo titular do bem ou com sua adesão, poder-se-ia considerar o agente como autor? Ou seria o próprio titular?

De outro lado, há que se indagar também se há coerência em considerar a vítima como autora de uma lesão a si própria? Aí, chegamos, em realidade, a uma situação na qual a

²⁷ COSTA, Lucas Gabriel. *A conduta típica e o comportamento da vítima no direito penal A intervenção da vítima no fato perigoso*. Tese de doutoramento. Programa de Pós-graduação em Direito. 2019, p. 24.

esquecida vítima, ganha um papel de protagonista quase autora no direito penal. É o chamado presente de Danae a que se refere Schunemann²⁸.

A questão semântica tem aqui especial importância, uma vez que nem todo portador do bem jurídico será vítima no sentido tradicional, ou seja, como aquela pessoa que sofre uma lesão no seu bem jurídico. Meliá²⁹ propõe que, quando o portador do bem jurídico pode ser responsabilizado juntamente com o autor pelo resultado, que seja designado como alguém responsável por suas perdas. No mesmo sentido, Lucas Gabriel Costa³⁰ adverte que as expressões *portador do bem jurídico lesado e vítima* não são sinônimas, “uma vez que a vítima na dogmática penal pressupõe a existência do crime e, nem toda ofensa ao portador do bem será considerado um fato punível”.

Nos delitos imprudentes, a participação da vítima no perigo criado é muito comum como no caso de acidente porque a pessoa não usa o cinto de segurança, o que contribui decisivamente para o resultado de lesão.

Outros exemplos são esclarecedores: é o caso da pessoa que pede carona a um motorista bêbado após uma festa, conhecendo seu estado e que vem a ser ferida em colisão causada pela direção temerária do motorista, ou o de um soldado que se vangloriava em um bar que era capaz de beber de um trago certa quantidade de aguardente. O dono do bar fez-lhe então uma proposta de que, se de fato, cumprisse o que anunciava não pagaria por nada, mas caso contrário teria feito uma dívida. O soldado

²⁸ SCUNEMANN, Brend. A posição da vítima no sistema penal: um modelo em três colunas. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo Marcial Pons, 2013. p. 122.

²⁹ MELIÁ, Manuel Cancio de. La exclusión de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima. *Cuadernos de Conferências y artículos nº 19*. Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho. 1998, p.59.

³⁰ COSTA, Lucas Gabriel. *A conduta típica e o comportamento da vítima no direito penal A intervenção da vítima no fato perigoso*. Tese de doutoramento. Programa de Pós-graduação em Direito. 2019, p. 21.

bebeu de um só trago a quantidade a que havia se proposto e, em seguida, mais outra quantidade que lhe ofereceu o dono do bar. No dia seguinte morre por intoxicação etílica³¹. Em ambos os casos, deve-se imputar o resultado ao âmbito de responsabilidade, da vítima.

Essa posição passou a integrar o pensamento da moderna dogmática alemã na figuras de Roxin e Schunemann, dentre outros, assim como a jurisprudência do mesmo país. Na Espanha, Cancio de Meliá é um dos líderes da construção.

5.1 Roxin e o risco não permitido

Claus Roxin³² acrescenta ao tipo objetivo, a noção de risco proibido e, embora esta integre o cerne da realização do tipo para o autor, ainda assim, há situações nas quais, mesmo diante da realização do perigo não permitido, não haverá tipo porque o resultado produzido não se encontra dentre os fins de proteção da norma. Dentre estas situações, estão a autocolocação em perigo e a heterocolocação em perigo, ou seja perigos produzidos com a participação do próprio titular do bem.

Para esclarecer o conteúdo de sua ideia, o autor alemão³³, dá o exemplo, já clássico, de uma pessoa, A, que aconselha outra, B, a atravessar um lago com gelo quebradiço. Ao fazê-lo, mesmo reconhecendo, o perigo, A morre. Não haveria, para o autor, no caso porque se imputar o resultado a B já que o

³¹ MELIÁ, Manuel Cancio de. La exclusión de la tipicidad por la responsabilidade de la víctima. Cuadernos de Conferencias y artículos nº 19. Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho. 1998, p. 63.

³² ROXIN, Claus. Derecho penal parte general, tomo i fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción y notas, Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de. Madrid (España): Editorial Civitas, S. A., 1997, p.362-342.

³³ Idem. p.387

próprio titular do bem realizou livremente a ação que deu causa ao resultado.

Outro grupo de casos que pode excluir ou não a condição de vítima do criador do perigo é designado por Roxin como heterocolocação em perigo. Esse grupo apresenta maior complexidade, porque são necessários critérios para distinguir qual a última conduta geradora do perigo e por quem foi praticada³⁴.

Ocorre a chamada heterocolocação em perigo quando alguém se põe voluntariamente em situação de risco criado por terceiro com consciência desse mesmo risco. Exemplo bem conhecido é o do passageiro de um carro que insiste com o motorista para que dirija com velocidade excessiva e proibida porque quer chegar a tempo em uma cidade. Como consequência, o passageiro morre em razão da velocidade³⁵.

De acordo com os tribunais alemães³⁶, alguns elementos devem estar presentes, para excluir a imputação do resultado ao terceiro, dentre estes: i. o conhecimento do perigo pelo sujeito da lesão, ii. o cumprimento pelo terceiro do dever geral de cuidado, o que não estaria jamais presente quando a empreitada infringisse expressa proibição jurídica.

Roxin³⁷ propõe critérios distintos para excluir a atribuição do resultado ao agente: i. o dano há de ser consequência do risco corrido e não de outras falhas adicionais; ii. o sujeito posto em perigo há de ter pela atuação em comum a mesma responsabilidade do criador do perigo; iii. a pessoa posta em perigo

³⁴ Há ainda discussões com vistas a realizar a distinção de heterocolocação da figura do consentimento do ofendido que também o retira da condição de vítima por vontade expressa. Vide a propósito: ROXIN, Claus. *La polémica en torno a la heteropuesta en peligro consentida: Sobre el alcance del principio de autorresponsabilidad en el Derecho Penal*. Barcelona, enero de 2014. Disponível em www.InDret.com. Acesso em jan. 2014; STATENWERTH, Günter. *Heteropuesta en peligro consentida em conductas imprudentes*. Barcelona, enero de 2014. Disponível em www.InDret.com. Acesso em dez 2015.

³⁵ ROXIN, Claus. *Derecho penal parte general, tomo i fundamentos. La estructura de la teoría del delito. ...op. cit., p. 394.*

³⁶ Idem, p. 394.

³⁷ Ibidem, p.395.

houver representado os riscos de modo idêntico àquele que os produz.

Com base nesses pressupostos, ao contrário do que ocorreria com fundamento naqueles utilizados pelos Tribunais, estaria excluída a imputação do agente no caso do acima referido, renunciando-se à ideia de vítima nesses episódios.

A discussão envolve outros aspectos que incluem sobre a determinação do último ato perigoso que antecede à lesão, mas aqui se quer destacar o esforço do dogmática penal para excluir a responsabilidade do agente quando o titular do bem, pessoa consciente e responsável, representar e aderir ao perigo voluntariamente.

O argumento de valor que preside essa orientação, conforme o Claus Roxin³⁸, diz respeito ao fato de que não há como restringir a liberdade dos participantes se ninguém é colocado em perigo contra sua vontade.

5.2 Schunemann e a vitimodogmática

Não apenas Roxin convoca a vítima para assumir suas próprias responsabilidades na realização de um tipo, mas também Schunemann, avesso ao paternalismo vitimizador, introduz a figura da vitimodogmática. O autor crítica as intervenções do Estado na esfera de liberdade individual quando estas pretendem tão só proteger o indivíduo de si mesmo e de suas decisões³⁹. Assim procede, também em homenagem à subsidiariedade do direito penal.

³⁸ ROXIN, Claus. *Derecho penal parte general*, tomo i fundamentos. La estructura de la teoría del delito. ...op. cit. p. 387.

³⁹ SCUNEMANN, Brend. A crítica ao paternalismo jurídico-penal: um trabalho de Sísifo? *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito* São Paulo Marcial Pons, 2013. p. 91-109, p. 91-92.

As abordagens que se agrupam sobre o rótulo de vitimodogmática partem do chamado princípio vitimológico que, no entender de Schunemann propugna que a pena não deve ser aplicada naqueles casos em que a vítima não merece ou não precisa de proteção. Em outras palavras, sempre que a vítima possa proteger a si mesma e não o faça, o direito penal deve abster-se de punir o agente. Assim, o autor⁴⁰ considera que à necessidade de pena para o agente, deve corresponder uma necessidade e merecimento de proteção para a vítima. A aplicação do princípio vitimológico, se bem que às custas da vítima, pode diminuir as fronteiras do direito penal, isentando o agente de pena ou mitigando-a, contribuindo para a realização do princípio da *ultima ratio*, ou da subsidiariedade.

Grande parte das críticas dirigidas a Schunemann dizem respeito às medidas de autoproteção da vítima para evitar sua vitimização, tomadas por si própria ou através de providências de política criminal desenvolvida pelo Estado. De outro lado, a vitimodogmática poderia trazer como consequência a criação de um clima de desconfiança entre todos, sobrecarregando os indivíduos nos cuidados com sua segurança, função que é própria do Poder Público.

Em princípio restrito a alguns tipos penais, os chamados de tipos de relação: estelionato, apropriação indébita, revelação de segredos, a construção recebe propostas de extensão. A expectativa que a vítima possa evitar um mal maior ao zelar por seus interesses, revelaria, conforme Melia⁴¹ que não existe um conceito natural de vítima.

⁴⁰ SCUNEMANN, Brend. A posição da vítima no sistema penal: um modelo em três colunas. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo Marcial Pons, 2013, p. 122.

⁴¹MELIÁ, Manuel Cancio. *Reflexiones sobre la victimodogmática em la teoria del delito*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: RT, n. 25, jan.-março 1999. p. 23-57. p. 39-40.

5.3 Meliá e a imputação ao âmbito de responsabilidade da vítima

O autor espanhol também propõe uma construção que responsabiliza a vítima em determinadas situações e que se funda em orientações normativas do ordenamento jurídico, a exemplo do que propõe a Constituição espanhola sobre o livre desenvolvimento da personalidade como fundamento da organização social. À noção de autonomia, pré-jurídica, interpretada de acordo o texto constitucional, corresponde a de responsabilidade pessoal do titular de bens jurídicos⁴².

Sua construção é conhecida como imputação ao âmbito de responsabilidade da vítima, pessoa que, sendo titular de bens jurídicos, deve organizar suas atividades de modo tal que não gere um risco para os mesmos. Intervindo um terceiro nesse âmbito que, juntamente com a vítima, organize uma atividade arriscada em conjunto, tal atividade deverá ser imputada preferencialmente ao titular do bem.

A responsabilidade do titular do bem é chamada de preferencial porque a ele incumbe, mais do que a qualquer outra pessoa, zelar pelos seus interesses.

Assim, tanto faz quem realiza a atividade arriscada, o titular do bem ou o agente, uma vez sendo esta definida em conjunto, cabe à vítima, preferencialmente, a imputação do resultado desde que não tenha sido manipulada pelo terceiro⁴³. Um exemplo dado pelo mesmo autor refere-se à pessoa que mantenha

⁴² MELIÁ, Manuel Cancio de. La exclusión de la tipicidad por la responsabilidade de la vicitima. *Cuadernos de Conferências y artículos n° 19. Universidad Externado de Colombia*. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofia del Derecho. 1998, p. 49.

⁴³ MELIÁ, Manuel Cancio de. La exclusión de la tipicidad por la responsabilidade de la vicitima. *Cuadernos de Conferências y artículos n° 19. Universidad Externado de Colombia*. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofia del Derecho. 1998, p. 53.

relações sexuais com alguém que sabe que é prostituta, resultando desse contato uma doença venérea. Para decisão sobre a responsabilidade do fato, pouco importa que a vítima saiba da doença ou, sequer da possibilidade de contágio, sendo mesmo indiferente que a prostituta queira que todos seus clientes se contaminem. A responsabilidade é do lesado⁴⁴.

Jakobs⁴⁵ tem uma construção muito próxima a esta de Meliá, que é designada como ação a próprio risco. O autor chega a afirmar que a construção possui fundamento nas expectativas que devem ser garantidas pelo papel de vítima, mas que ainda seria necessário o desenvolvimento de critérios para determinar quando a lesão decorre da violação das expectativas inerentes a tal papel. Assim como existem critérios normativos para determinar a imputação ao autor, deve se existir para a vítima.

Essas construções se entrecruzam e criam novos caminhos na dogmática da negligência e têm em comum a valoração da conduta do portador do bem para em maior, ou em menor proporção, influir no desvalor da conduta do agente.

6. CONCLUSÕES

A trajetória da vítima durante o período que se chama de seu redescobrimento contém aspectos que lhe são favoráveis, na medida em que pretende retirar-la da invisibilidade em que se encontrava. Afinal, embora os bens jurídicos protegidos pelo direito penal sejam do interesse de toda sociedade, é na figura do titular do bem que são diretamente atingidos pela ação do autor.

A redescoberta da vítima pela criminologia postula pela compreensão de seu sofrimento e reparação da lesão sofrida, lembrado que suas necessidades não devem ser preteridas pela

⁴⁴ Idem, p.62

⁴⁵ JAKOBS, Günter. *A imputação objetiva no direito penal*. São Paulo: RT, 2000. Passim.

relação que se estabelece entre o Estado e o ofensor. No entanto, a transformação crescente das sanções penais em formas de reparação distintas das penas, pela via de acordos e compensações, pode vir a desconstruir o próprio conceito de vítima

A reinserção da figura da vítima no sistema penal, deve, portanto, ser realizada com prudência de forma que não se destitua a sanção criminal da carga de ameaça que transporta para aquelas violações que provoquem danos sociais.

Quanto a sua participação no processo penal é possível pensar uma forma de inserção mais viva, menos pálida e esquecida, mas que não a transforme, porém numa coacusadora ao lado Ministério Público.

O crescendo da reinserção da vítima no campo do direito penal, propriamente dito, tem uma dupla face, uma é de respeito e realce à sua figura, e outra que até sugere puni-la pelo comportamento imprudente, negligente ou provocativo que contribuiu para o desenlace do fato. Punir a vítima, no entanto, por não ter impedido o crime, não pode ser um projeto de qualquer estado liberal. Da mesma forma, a compreensão de sua autonomia e responsabilidade por seus bens e interesses não deve significar que possa ser deixada totalmente desprotegida pelo estado, porque, afinal, inobstante sua imprudência, ela foi o sujeito ferido.

O Código Penal Brasileiro contém normativa adequada para tratar a matéria quando considera, no artigo 59, a conduta vítima para efeitos de aplicação da pena, embora com as ressalvas já feitas a respeito das decisões dos tribunais no sentido de não a utilizar diante da vítima totalmente inocente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Violência sexual e sistema penal: proteção ou duplicação da vitimização feminina? Sequência, estudos jurídicos e políticos. N.33. 1 de janeiro 1996. SC, Brasil.

CAMÕES, Luís de. Os Lusíadas. Livros Digitais, p. 467. Disponível em: <https://www.livros-digitais.com/luis-de-camoes/os-lusíadas/467>

CARBASSE, Jean-Marie. Histoire du droit pénal et de la justice criminelle. Presses Universitaires de France, 2014, p. 13-30.

COSTA, Lucas Gabriel. A conduta típica e o comportamento da vítima no direito penal. A intervenção da vítima no fato perigoso. Tese de doutoramento. Programa de Pós-graduação em Direito. 2019, p. 24.

DELMANTO, Celso. Código Penal comentado. Rio de Janeiro: Renovar, 1988.

DENHAM D., WOLHUTER L, OLLEY, Neil. Victimology victimization Victimization and victims'rights. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/286819684_Victimology_Victimisation_and_victims%27_rights: 5University of Wolverhampton.

GOMES, Mariângela de Magalhaes. Análise crítica da jurisprudência punitivista da Corte Interamericana de Direitos Humanos - Volume 11. Minas Gerais: Ed. D'Plácido, 2018.

HUNGRIA, Nelson. Comentários ao código penal, vol. VIII, Rio de Janeiro: Forense.

JESCHECK, Hans-Heinrich. Tratado de Derecho Penal. Parte General. 5ª ed. Traductor Olmedo Cardenete, Miguel. Espanha: Editorial Comares, 2003.

KIRCHENGAST, Tyrone. Les victimes comme parties prenantes d'un procès pénal de type accusatoire. Les droits des victimes dans un contexte international. Criminologie, Volume 44, Numéro 2, Automne 2011, p. 99-123.

MELIA, Manuel Cancio de. La exclusión de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima. Cuadernos de Conferências y artículos n° 19. Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho. 1998.

MELIÁ, Manuel Cancio. Reflexiones sobre la victimodogmática em la teoría del delito. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: RT, n. 25, jan.-março 1999. p. 23-57.

Mendelsohn, B. Victimology and contemporary society's trends. *Victimology*, 1(1), 8-28, 1976.

MORSELLI, Helio. A função da pena à luz da moderna criminologia. Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 5, n.19, julho a setembro, 1997, p.39-46.

PRINS, Adolphe. *Développement historique du droit penal*. Extrait de « Science pénale et droit positif. Bruxelles – Paris. 1899.

RIBEYRE, Cédric. *La Victime de l'Infraction Pénale*. Paris: Dalloz, Collection Actes, 2016.

ROXIN, Claus. Derecho penal parte general, tomo fundamentos. La estructura de la teoría del delito Traducción y notas, Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de. Madrid (España): Editorial Civitas, p. 394.

SCHUNEMANN, Brend. A posição da vítima no sistema penal: um modelo em três colunas. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo Marcial Pons, 2013. p. 112-123, p.123.

SCHUNEMANN, Brend. A posição da vítima no sistema penal: um modelo em três colunas. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo Marcial Pons, 2013. P. 112-123, p. 118.

SCUNEMANN, Brend. A crítica ao paternalismo jurídico-penal: um trabalho de Sísifo? São Paulo: Marcial Pons, 2013. p.91-109.

SCUNEMANN, Brend. A posição da vítima no sistema penal: um modelo em três colunas. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo Marcial Pons, 2013. 112-123.

SCUNEMANN, Brend. A posição da vítima no sistema penal: um modelo em três colunas. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo Marcial Pons, 2013. p. 122.

WOLGANG, Martin. Victim Precipitated Criminal Homicide. *The Journal of Criminal Law, Criminology, and Police Science*. Vol. 48, No. 1 (May - Jun., 1957), p. 1-11. Published By: Northwestern University Pritzker School of Law.