

O ATUAL TRATAMENTO DAS VÍTIMAS DE DELITOS DIANTE DOS MODELOS DAS CIÊNCIAS CRIMINAIS E DO DIREITO PROCESSUAL PENAL

Selma Pereira de Santana*

RESUMO

O avanço das ciências criminais (Dogmática jurídico-penal, Criminologia e Política Criminal), bem como do Direito Processual Penal no sentido de se respeitar, cada vez mais, a dignidade da pessoa humana, não tem repecurtido, ainda, de forma minimamente satisfatória, em um tratamento justo às vítimas de delitos.

Conquanto haja um movimento humanitário mundial, tanto nos países que integram o chamado “bloco anglo-saxônico”, bem ainda para aqueles que são fortemente influenciadas pela ideologia de vanguarda alemã, a vítima continua a ser a “convidada de pedra” do sistema penal, sem que sejam devidamente salvaguardados seus direitos e interesses.

Ao lado das relações entre a sociedade e o delinqüente, o crime pode torná-los, ambos responsáveis perante a vítima. Ademais, o Estado não pode considerar-se desonerado de sua quota de responsabilidade.

O conflito real que pode estar na gênese do crime, não se soluciona com a abstração metafísica de uma restauração da ordem jurídica como condição para a superação do conflito que se exprime no crime.

Será sempre inacabada a humanização das ciências criminais e do direito processual penal enquanto se abandonar a vítima ao seu destino.

Uma ciência que ignore a vitima permanecerá, em todas as suas manifestações, como uma das muitas instituições bárbaras de uma sociedade só aparentemente humanizada e de um pretenso Estado-de-Direito social.

PALAVRAS CHAVES: VÍTIMA; DIREITO PENAL; CRIMINOLOGIA; POLÍTICA CRIMINAL; DIREITO PROCESSUAL PENAL

* Doutora e Mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Professora Assistente de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Promotora do Ministério Público Militar da União.

ABSTRACT

The criminal science advancement (Penal Law, Criminology and Criminal Policy), as well as the Criminal Procedure, in the sense of bringing more respect to human dignity, has not reached yet a desirable level in order to give a fair treatment to victims of crime in general.

There is a worldwide humanitarian movement, in countries related to the so called "anglo saxon thought" and countries under strong influence of the more recent german thought. However, the victim is still regarded as being a "stone guest" in the penal system, because the rights and interests related to this figure are not properly preserved and granted.

Society and criminals have ties that represent relations, and crime can turn them into responsible figures towards the victim. In addition, State cannot consider itself not responsible for its role as being a natural part of this process.

The real conflict that might be present in the origin of crime will not be solved with the use of a metaphysical abstraction involving a new creation of the law order as a condition to overcome the conflict expressed in the crime phenomenon.

The humanization of criminal science and Criminal Procedure will be always unfinished when the victim is abandoned.

A science that ignores the figure of victim will be, in any kind of its manifestations, a representation, among others, of a barbaric institution in a apparently humanized society and so called rule of law State in social terms.

KEYWORDS: VICTIM; CRIMINAL LAW; CRIMINOLOGY; CRIMINAL POLICY; CRIMINAL PROCEDURE

1. INTRODUÇÃO - Os novos desafios e a Política Criminal

Assistimos, nos últimos anos, à mercê de um fantástico avanço tecnológico, a um processo acelerado de transformações que provocaram a criação de um novo paradigma social, marcado pela extraordinária capacidade de expansão e pela alta voltagem político-social. *À lateri*, e como fatal resultado, nesse novo tipo societário desenvolveram-se, também, “novas” formas de criminalidade. A paisagem e o ambiente que marcam essa

sociedade, ante a nova onda que se agita no mar social, é a criminalidade, e, por conseqüência, o medo ou o temor. A globalização é o seu cenário.

É certo que o processo globalizador (FRANCO, 1996, p.183 – 228) não se instalou subitamente, como sempre ocorre no aparecimento de novos fenômenos sociais. Quando as condições se tornaram favoráveis, a globalização surgiu, criando um poder econômico globalizado, sem que exista uma sociedade global, nem, tampouco, organizações internacionais fortes, e, menos ainda, um Estado global. Devido à circunstância de a globalização significar, na essência do fenômeno, a ausência de Estado mundial, ou melhor, de uma sociedade mundial sem Estado mundial e sem governo mundial, assistimos à difusão de um capitalismo globalmente desorganizado, onde inexistem poder hegemônico, regime internacional, seja econômico, seja político (ULRICH BECK, p. 32 apud FRANCO, 1996, p. 190). É um novo momento de poder planetário. Trata-se de uma realidade que chegou e que, como as anteriores, é irreversível.

O crime adquiriu uma grande capacidade de diversificação, organizando-se estrutural e economicamente para explorar campos diversos, ampliando-se, dessa maneira, o rol de bens jurídico-penais a serem protegidos, como, por exemplo, os crimes econômicos e financeiros, crimes ligados à tecnologia, crimes contra o ambiente, crimes de tráfico internacional de substâncias entorpecentes, de armas, de pornografia, de prostituição de menores, de terrorismo, de contrabando, de comércio de pessoas ou de partes do corpo, de espionagem industrial, de evasão fiscal, dentre outros.

A criminalidade passou a ser marcada pelo alto poder de corrupção-contaminação das relações econômicas lícitas e da organização do ponto de vista estrutural.

Nesse cenário, o da globalização, as grandes construções institucionais e a concentração de poder provocam o declínio dos Estados e um mundo diferenciado, onde proliferam as redes. A criminalidade deixa de situar-se à margem da sociedade, já que está em todo o lado, sendo o seu maior flagelo a criminalidade organizada, a principal responsável por uma política criminal que tende a reduzir-se a uma “política criminal de segurança”.

Assiste-se a uma redefinição da função do Estado, que se retira paulatinamente da área econômica, e afirma-se a necessidade de reduzir o seu papel

socializador e de alargar, endurecendo-a, a intervenção penal. A segurança, definida em termos físicos, emerge como prioridade da ação pública. Esvai-se, pois, a política do Estado providência.

Por essa razão, é certo afirmar, em relação, sobretudo, à criminalidade interna, que nunca, como agora, atuou tanto o poder repressivo. Em lamentável contraponto, enquanto no âmbito dos direitos basicamente sociais e econômicos se vive um período marcado pela desregulamentação, da deslegalização e da desconstitucionalização, no âmbito do ordenamento penal interno ocorre uma situação exatamente oposta, marcada por uma intensa criação de novos tipos penais, pelo enfraquecimento do princípio da legalidade, através do recurso a normas com conceitos imprecisos, e pela ampliação do rigor das penas, como se essas medidas tivessem força para coibir da delinquência os excluídos do sistema globalizado.

No entanto, pede-se eficácia ao sistema da justiça penal e abre-se espaço ao sacrifício dos direitos e liberdades fundamentais em razão do combate à criminalidade.

Em diagnose sociopolítica, transparece nitidamente que o Estado se revela tímido e temeroso em relação à criminalidade transnacional, embora duro e inflexível quanto à criminalidade de massa.

Diante dessa perspectiva, como atuar? Que direcionamento deve ser seguido? Entendemos que a solução se dirige por dois caminhos: o primeiro seria a busca de formas de uma política criminal comum¹, haja vista a evidência de que os sistemas penais, individualmente considerados, são inoperantes para responder aos desafios apresentados pela nova criminalidade; o segundo, não dar cobertura a uma “política criminal de segurança” em detrimento de uma “política criminal de liberdade”.

Fatores como a massificação da criminalidade e uma nova criminalidade abriram caminhos a reformas que se lastreiam em propostas opostas: de um lado, a que

¹ “O que se vem dizer é que os mais recentes desenvolvimentos em matéria de iniciativas legislativas ao nível europeu ultrapassam a ‘visão estreita’ da soberania nacional e demonstram que se está perante a emergência de uma política criminal comum. Falta, todavia, um ‘pensamento’ sobre o penal. Falta, dito de outro modo, o travejamento de uma política criminal europeia. (...) Vem-se denunciando ao projecto da União Europeia, no domínio da justiça penal, o carácter ‘prioritariamente repressivo’, que faz ‘primar o objectivo da segurança sobre o da liberdade’” (RODRIGUES, 2003, p. 223/224).

procura dar maior ênfase às garantias individuais, associada a modelos políticos democráticos; de outro, a necessidade de uma maior eficácia da luta contra o crime.

A eficácia e proteção dos direitos fundamentais continuam a ser pólos de uma tensão que alimenta as diferentes formas de realização da Justiça. No entanto, a proteção dos direitos fundamentais, obtida à luz do valor “segurança”, obriga a reencontrar novos equilíbrios para essa polarização. Para isso, é necessário continuar a se fazer a síntese do conflito garantia-eficácia nos quadros do Estado de Direito.

A solução encontra-se em atribuir ao Direito Penal a função exclusiva de proteção subsidiária de bens jurídicos”. Trata-se de assumir os princípios político-criminais da “intervenção mínima” e da “ultima ratio”, que informam uma política criminal racional. Isso significa que, se o Direito Penal não constitui resposta para os problemas sociais, ele não deve demitir-se (DIAS, 1999, p. 74) ou ausentar-se de intervir perante as novas formas de criminalidade, sob pena de introduzir-se, na realização da justiça penal, uma seletividade que poderia aproximá-la de um Direito Penal para os “novos” perigosos.

Assim, por exemplo, o sistema punitivo deveria repousar na idéia de que a pena privativa de liberdade constitui a “ultima ratio” da Política Criminal, e deve ficar reservada para a criminalidade mais grave. No que se refere à ação penal, deve-se optar por um regime processual diferenciado (soluções diferenciadas, céleres e consensuais, por um lado, e formais e ritualizadas, por outro, para fenômenos criminais diferenciados), advertindo-se, contudo, que, em qualquer nível da intervenção penal, a solução há de passar, sempre, pela afirmação dos direitos fundamentais.

Nesse cenário, assiste-se ao surgimento de uma tendência consensualista na justiça penal, que, embora não seja alheia ao movimento de expansão dos direitos fundamentais, obedece a uma lógica racionalizadora e de eficácia.

O momento atual, e o que se avizinha, é o momento de permitir inovações capazes de tornar a Justiça mais eficaz e menos dispendiosa, como, por exemplo, admitindo-se a reparação às vítimas de delitos (ROXIN, 1992, p. 367 – 375), como terceira via do Direito Penal, ao lado das penas e das medidas de segurança, renovando-se soluções de diversão, implantando-se e ampliando-se o uso da mediação.

Diante dos desafios desse novo mundo, a Política Criminal não pode afastar-se das regras do Estado de Direito. Em razão disso, impõe-se a “readaptação” da segurança às exigências do Estado de Direito. Este é o desafio, hoje, da política criminal.

2. O PRINCÍPIO VITIMOLÓGICO

Todavia, nesse quadro de desafios existe um conjunto de idéias marcado por vetores essenciais em que se realça a defesa da eminente dignidade da pessoa humana. Buscando fazer o enquadramento necessário para o tema a que nos propomos tratar, entendemos necessária a abordagem de um princípio-vetor que, conquanto não seja de direta emanção jurídico-constitucional, deve ser ressaltado, exatamente em razão da sua importância, ou seja, o princípio vitimológico.

A vítima praticamente vinha sendo “esquecida” pela “ciência conjunta do Direito Penal”² e pelo Direito Processual Penal. O crime era visto como mero enfrentamento entre o seu autor e as leis do Estado, esquecendo-se de que, em sua base, há geralmente um conflito humano, gerador de expectativas outras bem distintas, além da mera pretensão punitiva estatal. Esse discurso deveria passar a refletir um caráter triangular das relações mútuas entre o Estado, o delinqüente e a vítima, reclamando-se, mesmo, a criação de uma disciplina autônoma no conjunto das ciências penais: a Vitimologia³.

Paralelos à escalada da Vitimologia, fatores outros têm provocado um ressurgimento extraordinário da figura da vítima na discussão científica dos últimos anos.

² A Dogmática Jurídico-Penal, a Política Criminal e a Criminologia. Foi mérito de Franz von Liszt ter criado o “modelo tripartido”, a que chamou “ciência conjunta (total ou global) do Direito Penal”: a *gesamte Strafrechtswissenschaft*. (*Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, I, (apud DIAS, 1999, p. 23/25).

³ O consenso cristalizou-se, outrossim, na *Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power*, da Assembléia Geral das Nações Unidas, de 11 de dezembro de 1985, como, da mesma forma, e mais recentemente, na Decisão-quadro do Conselho da União Européia³, de 15 de março de 2001, relativa ao estatuto da vítima em processo penal. Outras orientações anteriores propugnadas pelo Conselho da Europa, relativas à salvaguarda dos direitos e interesses das vítimas de crimes, são: a) Resolução (77) 27, de 28 de setembro de 1977 – indenização às vítimas de infrações criminais; b) Recomendação R (83)7, de 23 de junho de 1983 – participação do público na elaboração e na aplicação da Política Criminal; c) Convenção Européia, de 24 de novembro de 1983 – indenização, pelo Estado, às vítimas de crimes violentos; d) Recomendação R (85) 4, de 26 de março de 1985 – prevenção da violência no seio da família; e) Recomendação R (85) 11, de 28 de junho de 1985 – posição da vítima no ordenamento penal e processual penal; f) Recomendação R (87) 21, de 17 de setembro de 1987 – assistência às vítimas de crimes e prevenção da vitimação; e g) Recomendação R (91) 11, de 9 de setembro de 1991 – exploração sexual, pornografia, prostituição, tráfico de crianças e de jovens adultos (apud OLIVEIRA, 1994).

Para essa ocorrência são muito variadas as causas (ROXIN, 2001, p. 139), dentre as quais, as mais representativas são a força do movimento de “restituição” americano e a frustração pelos resultados obtidos com o tratamento social-terapêutico de infratores jurídicos .

Acrescente-se a tudo isso a visão, cada vez maior, da injustiça social de uma Justiça Penal que não tem tomado a vítima em nenhuma ou em pouca consideração.

Sobre esse panorama, alerta Roxin (2001, p. 140):

“Tudo parece indicar que nossa Justiça Penal é, sobretudo, um sistema para fazer fracassar os interesses da vítima, apesar de que seria racional, do ponto de vista político-social, começar, no intuito de uma solução do conflito social emergente da conduta punível, por colocar a vítima em situação de incolumidade e, depois, ver se existe algo mais de que dispor”.

3. O REDESCOBRIMENTO DA VÍTIMA

Falemos, contudo, ainda que sejamos breves, sobre a vítima.

Sabe-se que, antes do surgimento do Direito Penal, a vítima se encontrava situada no centro dos interesses dos sistemas primitivos de justiça, basicamente fundados na vingança privada, uma vez que, nesses sistemas, seria ela, a vítima, ou seus parentes, os que se encarregavam de dar soluções a tudo aquilo que lhes significava agressão. Vale dizer, era a eles que competia administrar a justiça.

O nascimento e o desenvolvimento do Direito Penal propiciaram a extinção das formas de justiça privada. Todavia, o que, nomeadamente, marcou a história do Direito Penal, nesse aspecto, foi o *jus puniendi* competir exclusivamente ao Estado, implicando, porém, em contrapartida, o começo do abandono da figura da vítima. O Estado é alçado à condição de garantidor da ordem pública e, somente a ele, compete o direito de impor a sanção penal. A reação ao delito relaciona o Estado com o delinqüente, resultando a vítima cair no esquecimento.

Iniciou-se, assim, o processo de “neutralização” da vítima.

Ocorreu, porém, que, com o surgimento da noção de “bem jurídico”, surgiu uma objetivação da figura da vítima, deixando ela de ser o sujeito sobre o qual recairia a

ação delitativa, que sofreria a conduta delituosa, e passando a ser o sujeito portador de um valor, o bem jurídico, exatamente o que, realmente, vem a ser lesado⁴.

Forçoso admitir, contudo, que a evolução de um Direito Penal de característica retributiva a um Direito Penal baseado na prevenção, seja ela geral ou especial, nada significou, em termos de melhoria, quanto à condição da vítima. Isso porque a ideologia da prevenção especial, direcionada ao pensamento da ressocialização do delinqüente, terminou por consolidar um Direito Penal dirigido ao autor do crime, enquanto que a ideologia da prevenção geral tem em vista a sociedade.

Recentemente, em razão dos conhecimentos hauridos da Vitimologia, sobretudo nos últimos 20 anos, e relativos à constatada inter-relação entre o autor do delito e a sua vítima, e à eventual influência desta última na origem do delito, desenvolveu-se, no âmbito da dogmática penal, uma nova abordagem, a “Vitimodogmática”, de pouca ou nenhuma aproveitabilidade para a vítima, senão, e tão-somente, para o autor do delito, abordagem essa que faremos mais adiante.

3.1. O contributo da Criminologia / Vitimologia

De idêntica forma, o surgimento da Criminologia pouco serviu para melhorar a situação da vítima. Os pioneiros da Criminologia, que deram lugar ao seu nascimento como ciência, foram representantes da Escola Positiva italiana, que buscavam explicar o crime através da perspectiva do delinqüente. De acordo com eles, as causas do delito seriam determinadas por indícios presentes na pessoa do delinqüente, que, por sua vez, não tendo liberdade de vontade, necessitaria de tratamento para evitar a reincidência, enquanto que a vítima, considerada como mero objeto neutro, passivo, estático, em nada influenciaria a origem do delito⁵.

⁴ Como assegura Hassemer, o pensamento sobre o bem jurídico não se ocupa da proteção da vítima, senão da proteção da liberdade frente ao controle jurídico-penal ilegítimo. Nessa concepção, a vítima é somente uma condição que possibilita a delimitação sistemática do bem ou interesse digno de proteção. Sendo assim, não é de se estranhar que nos amplos estudos que se vêm realizando sobre o bem jurídico não se encontrem análises sobre a vítima (1990, p. 246).

⁵ Hoje, com efeito, parece irreversivelmente abandonada a idéia de uma Criminologia de conteúdo exclusivamente explicativo-etiológico operando nos limites e ao serviço do sistema jurídico-penal. Uma Criminologia que, para ser ciência, deveria, segundo os cânones positivistas, limitar-se a explicar, *por causas*,

A situação de interesse exclusivo pela pessoa do delinqüente, na investigação criminológica, manteve-se até as mudanças de orientação na Criminologia, ocorridas posteriormente à 2ª Guerra Mundial, com o que se conecta o nascimento da Vitimologia, como disciplina científica.

Atualmente, a moderna Criminologia explica o delito através da perspectiva de conflitos interpessoais. Isto se deve, em especial, à significação que adquiriu na Criminologia a teoria da aprendizagem social e da interação simbólica. O delito é compreendido agora como um processo social, como uma interação entre o delinqüente, a vítima e a sociedade. O que, também, caracteriza a criminologia moderna é a circunstância de o sistema penal aparecer como objeto central de conhecimento de crítica e de Política Criminal. Trata-se, acima de tudo, de penetrar na racionalidade desse sistema de controle em toda a sua dimensão: a começar pela lei criminal – instância de criminalização primária – até as sucessivas instâncias de reação formal (Policia, Ministério Público, Tribunal, Administração Penitenciária), a quem cabe recrutar as pessoas que, em concreto, vão desempenhar o papel de delinqüente e imprimir às simbolizações abstratas da lei o seu conteúdo definitivo, acrescentando a isso, como afirma Costa Andrade (1983, p. 192), uma atitude reflexiva mais ou menos explícita: no pressuposto de uma idéia de conflito, os cultores da criminologia moderna preocupam-se em saber de que lado estão e quem aproveitam os resultados do seu labor. É fundamentalmente nesse sentido que se encaminham as diferentes correntes ou escolas da chamada criminologia nova ou criminologia dos anos sessenta, com destaque para a perspectiva interacionista, ou *labeling approach*, e para a *criminologia radical* ou *crítica*,

como deveria, segundo a epistemologia de raiz aristotélica, recentemente retomada por Max Weber, resistir à tentação de qualquer referência política. Quer se entendesse que o seu objeto era heteronomamente determinado, porque recebido passivamente das mãos do legislador e da doutrina penal, quer se entendesse que caberia à Criminologia assistir o direito de identificar o seu objeto como unidade de sentido sociológico real (com destaque para Sellin e a generalidade dos criminólogos americanos com o seu conceito de *deviance*), em um ponto encontravam-se todos os cultores da Criminologia tradicional: na crença da neutralidade axiológica-política da sua ciência. Em conformidade, a Criminologia aceitava positivamente a ordem social oficialmente imposta e, por isso, a definição do que é ou não é criminalizado (do que deve e do que não deve ser criminalizado), na base do postulado acríptico de que o crime releva necessariamente das margens de consenso e dos valores fundamentais da coletividade. Em síntese, e segundo a dicotomia dos neokantianos, a Criminologia perfilava-se como uma *ciência da natureza* ou *do ser*, versando sobre o crime em termos radicalmente distintos daqueles das ciências do *espírito* ou da *cultura* (máxime a doutrina penal), que, também, têm por objeto a mesma manifestação da vida, cf. Costa Andrade (1983, p. 187/188).

descontadas as naturais divergências que as separam, tanto no plano teórico quanto político-criminal.

Por outro lado, merece chamar atenção para o avanço da investigação vitimológica nas suas bases científicas, nas últimas décadas, devido, principalmente, ao descobrimento do interesse que apresentam as pesquisas de vitimização como fonte de informação de grande valor, mormente no que se refere à pesquisa sobre as cifras ocultas da criminalidade. Ademais, ficou evidente o papel da vítima como fator desencadeante da atuação dos órgãos da Justiça Penal, mediante a sua denúncia, uma vez que cabe à vítima pôr em marcha o processo penal, em muitos casos. Em face disso, investigam-se não apenas os motivos que movem a vítima a apresentar a denúncia, mas também aqueles que operam no sentido de abster-se ela de fazê-lo.

3.2. A condição da vítima no âmbito do Direito processual penal

Paralelamente a essas abordagens do Direito Penal e da investigação criminológica / vitimológica, vale a pena chamar a atenção, ainda, para a circunstância de o Direito Processual Penal ter se preocupado, tradicionalmente, com os direitos de defesa do acusado, ficando renegados a um segundo plano os direitos da vítima.

De forma idêntica, o processo penal, desde as suas origens e em suas etapas de desenvolvimento, orbitou-se em torno da pessoa do delinqüente e ateu-se tão-somente aos direitos fundamentais do mesmo. No entanto, a vítima do delito precisa que se lhe reconheçam direitos, ao se ver envolvida num processo penal, não bastando, pois, apenas, esta assistência. Na verdade, para uma completa segurança, necessita ela de que o Estado tenha a obrigação de assegurar apoio efetivo e proteção desde o momento em que ocorre aos órgãos de Justiça Penal.

Ironicamente, a realidade oferece quadro diverso, posto que, desde o momento em que a vítima entra em contato pela primeira vez com esses órgãos, a começar pela polícia, para simples comunicação da ocorrência, inicia-se, para ela, mor vezes, um novo processo de vitimização.

Os criminólogos põem em relevo um detalhe de extremamente importante: a vítima, além de sofrer a vitimização primária (decorrente de sua relação com o infrator),

pode sofrer uma vitimização secundária, que decorre do contato da vítima com as instâncias formais de controle social, que a tratam de maneira impessoal. Some-se a isso a sensação de perda de tempo e de recursos, como conseqüência da excessiva burocratização do sistema.

Ao chegar à fase processual, a vítima já se encontrou, em mais de uma ocasião, diante de situações que lhe são, no mínimo, incômodas. Porém, curiosamente, é, nesse momento, que a vítima se confronta com o agressor, seus familiares e seu advogado; este, muitas vezes empenhado em demonstrar a falsidade da acusação, ou pretende deixar claro que a vítima mente, ou, como acontece com bastante freqüência, busca desqualificá-la. Na melhor das hipóteses, a vítima é utilizada exclusivamente como meio de prova, e as suas necessidades não são levadas em consideração.

Em suma, pode-se afirmar que, no processo penal, ainda no presente estágio, adicionam-se para as vítimas novos prejuízos sociais, psíquicos e econômicos, acrescidos daqueles ocasionados pelo delito.

A constatação dessa realidade tem contribuído para o funcionamento, na ordem internacional, de determinadas medidas encaminhadas a melhorar a situação jurídica da vítima no processo penal⁶. Algumas dessas medidas sugerem que, ao se dirigir à Polícia, a vítima deva ser tratada de forma a não sofrer nenhum dano psíquico adicional, além de receber informações sobre suas possibilidades de obter ajuda, tanto material quanto médica e psicológica, assim como seus direitos de reparação, não apenas por parte do autor do delito, mas, também, por parte do Estado (fundos de assistência). Dentro do processo penal, a vítima deve ser ouvida respeitosamente, sem que seja atingida nos seus direitos e honra, e ser informada da sua função no processo, das datas e das marchas dos mesmos, bem como,

⁶ A partir do primeiro Simpósio Internacional de Vitimologia (Jerusalém, 1973), passando pelos quatro congressos seguintes (Boston, 1976; Munster, 1979; Tokyo / Kyoto, 1982, e Zagábria, 1985), houve uma reformulação da concepção da vítima no Direito Penal e no Direito Processual Penal. A posição da vítima viu-se particularmente reforçada nos códigos latino-americanos. Nos ordenamentos da Bolívia, Chile, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras e Paraguai, a vítima pode impugnar a decisão que dá por concluídas as investigações ou a instrução, ainda que não a tenha tido qualquer participação ativa ao longo do processo; deve ser informada, pelo Ministério Público, a respeito de seus direitos e, pelo Juiz, sobre o resultado do processo; pode recorrer da sentença absolutória; eventuais soluções consensuais somente podem ser adotadas após ouvir a vítima (também no Brasil). Na Bolívia, caso a vítima não disponha de recursos necessários para a participação no processo, pode recorrer a organizações sem fins lucrativos. Tem, ainda, a possibilidade de obter a reparação na própria sentença condenatória penal (Costa Rica, projeto brasileiro de reforma ao Código de Processo Penal).

ainda, das decisões de suas causas; deve-se considerar a possibilidade de constituir a reparação do dano em sanção; adotar medidas para minimizar, tanto quanto possível, as dificuldades encontradas pelas vítimas, proteger a sua vida privada e garantir a sua segurança, assim como a da sua família e a das suas testemunhas, preservando-as de manobras de intimidação e de represálias⁷.

3.3. O questionável contributo da vitimodogmática

A respeito da questão, impõe-se assinalar que a Vitimologia tem mostrado não ser a vítima, nem sempre, um mero objeto passivo sobre o qual, “casualmente”, incide o delito, senão que, em certas ocasiões, este é produto de uma interação entre o autor e ela mesma. Esta apreciação, embora admita muitos graus, tem permitido afirmar, porém, que, geralmente, existem vítimas que contribuem para a produção da lesão de bens jurídicos de que são titulares⁸, podendo ser consideradas, num sentido amplo, ao menos parcialmente, como co-responsáveis por tal lesão. Em face dos estudos sobre as conseqüências dessa relevante ocorrência, um setor da doutrina alemã tem se manifestado em favor da construção de uma “Vitimodogmática”, ou, em outros termos, a introdução da perspectiva vitimológica na dogmática penal (*Viktimo-dogmatik, viktimologischer Ansatz*). Analisemo-la, principiando a partir dos seguintes itens:

a) O entendimento majoritário da Vitimodogmática: o comportamento da vítima na determinação judicial da pena do autor do delito.

A Vitimodogmática trata, em suma, de examinar até que ponto (e em que termos) o reconhecimento da existência — em algumas hipóteses delitivas — de vítimas que contribuem para a ocorrência do delito pode conduzir a afirmar que elas sejam co-

⁷ O Brasil, conquanto encontre-se, ainda, tímido, no tratamento dispensado às vítimas de delitos, não permanece absolutamente inerte diante desse quadro, uma vez que a Constituição Federal, no seu artigo 245, reconhece que: “A Lei disporá sobre hipóteses e condições em que o Poder Público dará assistência aos herdeiros e dependentes carentes de pessoas vitimadas por crime doloso, sem prejuízo da responsabilidade civil do autor do ilícito”. Acrescente-se a Lei Complementar 79/94, que trata do Fundo Penitenciário Nacional – FUPEN. Recentemente, as leis que dispõem sobre os Juizados Especiais Criminais, o Estatuto dos Idosos, bem como, ainda, a Lei Maria da Penha.

⁸ A primeira conseqüência que cabe extrair é a necessidade de incidir sobre os referidos grupos de vítimas, com o fim de eliminar sua “predisposição vítimal”. Isso não constitui outra coisa senão a adoção de medidas de Política Criminal encaminhadas à prevenção do delito.

responsáveis — por haver contribuído com atos dolosos ou culposos — e, seguidamente, influir — num sentido atenuatório ou eximente — sobre a responsabilidade criminal do autor.

Essa idéia não representa nenhuma grande novidade no mundo legislativo, doutrinário e jurisprudencial. O que de novo elas apresentam é que teorizam ou racionalizam algo que até então já vinha sendo feito, só que de forma intuitiva. Assim, uma leitura, ainda que superficial, de alguns códigos penais demonstra que, em vários momentos, o legislador levou em consideração a conduta da vítima, considerando-a apta ou eficaz de eximir ou atenuar a responsabilidade do autor do delito.

As teorizações da Vitimodogmática têm feito surgir uma significativa polêmica, a ponto de se afirmar a existência de um “dilema vitimodogmático”.

Assim, caso se prescindia do comportamento “concausal” da vítima, no momento de analisar a responsabilidade do autor, resulta que se sobrecarregue penalmente um sujeito, ao qual não é razoável imputar-lhe a conduta delitiva por completo. Caso, por outro lado, atenuar-se a responsabilidade do autor do delito, às custas da vítima, com base na “co-responsabilidade” desta na lesão do bem jurídico de que é titular, tal procedimento pode gerar efeitos extremamente negativos.

Dada esta ambivalência, tem-se revelado mais prudente a adoção de soluções matizadas, soluções cuja adoção passa, em primeiro lugar, pela distinção entre delitos dolosos e culposos, como também, e no que respeita aos delitos omissivos, tem-se suscitado se subsiste o dever de atuar, cabendo, portanto, fundamentar uma responsabilidade a título de omissão pura, ou de comissão por omissão, segundo as hipóteses, quando a própria vítima rechaça tal atuação.

Na década de 80, o problema fundamental situou-se nos delitos dolosos de comissão ativa. Em relação a estes, vem-se conformando uma opinião moderada, entendendo que o comportamento da vítima pode considerar-se, de modo geral, no âmbito da medição da pena, produzindo uma atenuação da responsabilidade do autor, ainda que sempre dentro do limite penal típico. O fundamento de tal entendimento radica em que, em determinadas ocasiões, o comportamento provocador ou concausal da vítima pode diminuir o conteúdo da ilicitude da conduta do autor, ou a culpabilidade do mesmo. Entretanto, em

nenhuma hipótese se admite possa ultrapassar a mera atenuação, salvo se tal possibilidade estiver prevista expressamente em lei.

Essa posição moderada converteu-se em entendimento dominante na doutrina e jurisprudências alemãs. Têm elas entendido que o comportamento da vítima resulta perfeitamente enquadrável nos princípios da determinação judicial da pena do parágrafo 46 do StGB, dado que estes não constituem um catálogo fechado. Assim, a convicção generalizada é a de que se deve atenuar a pena do autor, quando a comissão do ocorrido tiver sido favorecida pela falta de controle sobre o sujeito ativo, ou por tê-lo incitado a cometê-lo (v.g. a violação provocada pela vítima)⁹.

b) O entendimento minoritário da Vitimodogmática: o princípio da auto-responsabilidade.

A idéia básica desse entendimento minoritário é a de que o “enfoque vitimológico”, posto em contato com os princípios gerais inspiradores da intervenção penal, possa conduzir, não apenas, a uma atenuação, senão, inclusive, a uma total isenção da responsabilidade penal do autor do delito, considerando-se que essa isenção seja consequência direta dos princípios da fragmentariedade, subsidiariedade e *ultima ratio*.

Os esforços deste setor têm-se dirigido à elaboração de um princípio, o denominado “princípio da auto-responsabilidade” (*Selbstverantwortungsprinzip*), através do qual se sustenta que a vítima tem um dever de autoproteção. Este dever, certamente, não alcançaria níveis desmedidos, restringindo-se à adoção de medidas possíveis, razoáveis, usuais e exigíveis. A partir daí, a omissão das mencionadas medidas implicaria, para a vítima, o não-merecimento ou a falta de necessidade da proteção penal. Em suma, se a vítima, podendo e devendo autoprotger-se, nos termos antes mencionados, não o fez, o autor pode chegar a ficar isento de toda a pena pela conduta delituosa. A pretensão é que a conduta do autor deixe de ser penalmente relevante (fique fora do tipo) quando a vítima não tenha se comportado conforme o referido “princípio da auto-responsabilidade”, permitindo, portanto, que se produzisse a lesão do bem jurídico, quando a repulsa seria algo inserido em seu próprio âmbito de competência.

⁹ Roxin rechaça, também, a generalização e absolutização do “princípio vitimológico” e, ainda, com que matizes parece manter-se no mesmo plano da relevância exclusivamente atenuatória do comportamento da vítima (1997).

Para Costa Andrade (1992, p. 191 – 192), suscitam-se reservas à aceitação de um tal princípio vitimológico, concebido como uma das concretizações paradigmáticas e mais importantes da carência de tutela penal. Com um crescente número de adeptos, e com implicações nas diferentes áreas da doutrina penal e do processo penal, a Vitimodogmática assenta no postulado da co-responsabilidade da vítima pela proteção dos seus próprios bens jurídicos. A falha da vítima em face da sua responsabilidade determinará, desde logo, e em primeiro lugar, a perda da *dignidade penal*. Isto em nome daquela “*Verwirkung* da pretensão à tutela do Estado”, de que fala Schünemann. “O que de algum modo nos aproxima daquela visão das coisas, segundo a qual o andar “pelo lado inverso da ordenação social (*auf der Rückseit des sozialen Daseins*)” torna a vítima indigna da tutela penal. E que serve de fundamento à tese “de quem se solidariza com o lado errado, dá sinais de decadência da sua personalidade e se move fora da ordenação jurídica, *verwirkt* a tutela penal, torna-se indigno desta tutela”. Em segundo lugar, e complementarmente, a vítima que não atualizar os meios disponíveis e exigíveis de auto-proteção não carece de tutela penal. O que permite sustentar que os instrumentos do Direito Penal não podem intervir nos casos em que não se verifica a carência de tutela penal para a vítima, por causa do princípio da proporcionalidade.

A tal concepção do princípio vitimológico¹⁰, capaz de eximir de responsabilidade penal o autor do delito, por atipicidade, por consequência de determinados comportamentos da vítima, têm-se dirigido críticas severas, fundadas na compreensão geral de que nenhum comportamento da vítima pode ter capacidade suficiente para deixá-la privada de toda a proteção penal.

Outro argumento, relativo aos efeitos político-criminais, é mais insistentemente repetido. Baseado nele, enfatizou-se que a tese minoritária daria lugar a um clima social de desconfiança e a um retorno a formas de justiça (vingança) privada.

Este último ponto de vista permite reconhecer que uma ampla realização do princípio vitimológico tampouco é desejável político-criminalmente, pois a mesma, ao

¹⁰ Roxin defende que o enfoque vitimodogmático somente é rechaçável na medida em que se lhe dê caráter geral e absoluto. Seu grande mérito consiste em ter mostrado que a “necessidade de proteção” é um *topos* que pode influenciar na ilicitude material, e que, por isso, sempre se deve ter em conta na interpretação junto com e dentro do contexto das restantes circunstâncias decisivas para o âmbito da proteção penal (1997, p. 565).

privar da proteção penal o que confia ingenuamente, converteria a malícia, a desconfiança e a temerosa obsessão pela segurança na lei de convivência social, diminuindo, assim, a liberdade do cidadão fiel ao Direito. É certo que, com isso, se ampliaria a liberdade de atuação daqueles que queiram intrometer-se na esfera jurídica alheia, porém isso é algo de que não há a menor necessidade. Pois, ainda que os vitimodogmáticos só requeiram da vítima medidas de proteção exigíveis e, portanto, não muito difíceis de cumprir, o que é muito mais exigível ainda é a omissão de intromissões, pela qual, em uma ponderação de interesses, o legislador se colocaria, por regra geral, de parte da vítima, e não do delinqüente¹¹.

Com efeito, afirma-se que esse entendimento se baseia em uma equivocada compreensão do princípio da subsidiariedade e da noção da *ultima ratio*. Tal princípio não se refere à relação entre o Direito Penal e eventuais medidas defensivas da vítima. Precisamente, uma das funções essenciais do Direito Penal é a de pacificação, que consiste em evitar um clima social geral em que todos se vejam como inimigos potenciais e sintam necessidade de se proteger à margem do Direito.

Argumenta-se, ainda, que a tese minoritária favorece a quem agride dolosamente, produzindo duas conseqüências político-criminais indesejáveis àquelas já aludidas: a revitimização da vítima e a aparição de tendências exculpatórias por parte do autor. Enfim, aponta-se que uma coerente generalização do argumento vitimodogmático poderia levar o Estado a ter de prescindir genericamente da pena, devido ao caráter criminógeno que nossa sociedade tem e que determina que a mesma contribua em medida importante à produção de delitos.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Será sempre inacabada a humanização das ciências criminais e do direito processual penal enquanto se abandonar a vítima ao seu destino.

Uma ciência que ignore a vítima permanecerá, em todas as suas manifestações, como uma das muitas instituições bárbaras de uma sociedade só aparentemente humanizada e de um pretenso Estado-de-Direito social.

¹¹ De acordo com o pensamento de Roxin (1997, p.565).

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Manuel da Costa. O novo Código Penal e a moderna Criminologia. *Jornadas de Direito Criminal*, Lisboa, p. 187 – 234, 1983.
- _____. A “dignidade penal” e a “carência de tutela penal” como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime”. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 2, fasc. 2, p. 173 – 205, 1992.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal Português. As conseqüências jurídicas do crime*. Lisboa: Editorial Notícias, 1993.
- _____. *Questões Fundamentais do Direito Penal Revisitadas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.
- FRANCO, Alberto Silva. Globalização e a criminalidade dos poderosos. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 5, fasc. 3/4, p. 361-372, 1996.
- HASSEMER, Winfried. Consideraciones sobre la víctima del delito. Traduzido por Rocío Cantarero Bandrés *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid: Ministerio de Justicia, t. 43, p. 241 - 259, 1990.
- OLIVEIRA, Odete Maria de. *Problemática da vítima de crimes. Reflexos no sistema jurídico português*. Lisboa: Rei dos Livros, 1994.
- RODRIGUES, Anabela Miranda. Política Criminal – Novos desafios, velhos rumos. In: *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra Editora, 2003. p. 207 - 234.
- _____.MOTA, José Luís Lopes da. *Para uma Política Criminal Européia. Quadro de*

instrumentos jurídicos da cooperação judiciária em matéria penal no espaço da União Européia. Coimbra Editora, 2002.

ROXIN, Claus. Neue Wege der Wiedergutmachung im Strafrecht – Schlussbericht”. In: ESER, Albin; KAISER, Günther; MADLENER, Kurt (org.). *Neue Wege der Wiedergutmachung im Strafrecht – Internationales strafrechtlich – kriminologisches Kolloquium in Freiburg i. Br.* . Freiburg im Breisgau, 1992. p. 367 – 375.

_____. *Derecho Penal — Parte General I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Editorial Civitas, 1997. Traduzido da 2ª ed. alemã por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal.

_____. La reparación en el sistema de los fines de la pena. In: *De los delitos y de las víctimas*. Traduzido por Julio B. J. Maier e Helena Carranza. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2001. p. 131 – 156. Artigo publicado, originariamente, no livro *Wiedergutmachung und Strafrecht*, aos cuidados de Hainz Schöch, München: Ed. W. Fink, 1987.

