

INFLUÊNCIA DA VITIMOLOGIA NA APLICAÇÃO DA PENA NO DIREITO BRASILEIRO

Bruno Moreira Ferreira

Felipe Henrique Figueiredo Silveira Lopes

Resumo

O presente artigo trata sobre a exploração da disciplina da Vitimologia pelo Direito Penal brasileiro, abordando, principalmente, os reflexos que o comportamento da vítima ocasiona na aplicação da pena.

Palavras-chave: Vitimologia, comportamento da vítima e aplicação da pena.

INTRODUÇÃO

Historicamente, no Direito Penal, o comportamento da vítima não era considerado de muita relevância. A Escola Clássica, a Escola Positiva e a Escola Eclética do Direito Penal concentraram seus estudos na tríade delito-delinquente-pena. Somente quando algumas disciplinas, entre as quais a Criminologia, aproximaram-se do Direito Penal para auxiliá-lo, a vítima mereceu sua devida atenção.

Entre o fim do século XIX e meados do século XX, foram elaborados algumas obras sobre as vítimas, geralmente tratando de aspectos pontuais a respeito destas. Ilustrativamente, podem ser mencionados alguns autores de renome que trabalharam nesse sentido: Hans Von Hentig, Franz Exner; Weiss, Eisemberg, Gasper, EleMBERGER, Fuerbach, Gabriel Tarde, Garofalo e Edwin Southerland.

Segundo Oswaldo Henrique Duek Marques (2001, p. 380), após o fim da Segunda Guerra Mundial é que realmente se verificou um interesse geral dos criminólogos em entender a figura da vítima:

A grande redescoberta da vítima, veio com o sofrimento, perseguição e discriminação das vítimas de o Holocausto, e, foi com os crimes perpetrados pelo nazismo, que começou a surgir na metade do século passado com mais seriedade os estudos ligados à vítima. Deste modo, então somente após a Segunda Guerra Mundial os criminólogos do mundo todo passaram a se interessar mais sobre os estudos ligados às vítimas. Diante de tanto sofrimento, o mundo começou a se preocupar de como viveriam essas vítimas e o que estava sendo feito por elas.

Entretanto, o termo Vitimologia surgiu apenas em 1956, sendo resultado de um trabalho de Benjamin Mendelsohn, o qual elevou o estudo sobre as vítimas a patamar de disciplina criminológica.

A Vitimologia é um conjunto de conhecimentos divide opiniões quanto à sua natureza científica, considerada como ciência autônoma, como mero ramo da Criminologia, ou, ainda, como defendem alguns autores, não possuindo nem, sequer, existência. Até como um dos capítulos da Psicologia a Vitimologia já foi enquadrada.

O que é unânime, exceto para os que não reconhecem a existência da Vitimologia, é claro, é o seu caráter de disciplina (ou ciência) interdisciplinar. A Vitimologia, nas palavras de Newton Fernandes e Valter Fernandes (1995, p. 456) “tem por escopo a observação biológica, psicológica e social da vítima face ao fenômeno criminal.” Esse caráter, preponderantemente, biopsicossocial também é ressaltado por Benjamin Mendelsohn, concluindo pela tendência de ser a Vitimologia explorada, principalmente, pela Psiquiatria, Criminologia (Mendelsohn é adepto da ideia que a Vitimologia é uma ciência autônoma) e pelo Direito Penal.

Na verdade, essa discussão não é de maior importância para o artigo em tela. A Vitimologia se ocupa em entender a vítima em todas suas nuances. Sua personalidade, a reparação de danos sofridos etc. Bastando, aqui, salientar os propósitos da Vitimologia e sua influência na aplicação da pena, independente de qual seja sua natureza científica. Assim, será demonstrado o tratamento legal, bem como algumas teorias a respeito disto da mesma.

1. Integração da vítima ao crime

1.1 Relação criminoso-vítima e tipologia das vítimas.

Com relação à exploração da Vitimologia pelo Direito Penal, especificamente na aplicação da pena, esta se baseia no fato da relação criminoso-vítima ter servido como indispensável adjutório à compreensão crimógena. Até pouco tempo, todo o esforço de juristas e criminólogos em busca do entendimento acerca do crime, no que diz respeito aos seus “personagens”, dirigia-se ao criminoso. Contudo, aos poucos, tal situação fática vem se alterando. Cada vez mais, juristas, psicólogos, psiquiatras e sociólogos enfocam o comportamento da vítima, visto admitirem a colaboração desta, em alguns casos, na gênese dos crimes.

Da observância dessa relação, vítima-criminoso, há uma grande contribuição para o entendimento de inúmeras situações delituosas. É que do cotejo entre a inocência da vítima e a intensidade da culpabilidade do criminoso várias conclusões se apresentam como possíveis. Pode-se, por exemplo, inferir que a vítima em nenhum momento contribuiu para a prática do evento típico, ou então, que sua participação (que pode se dar de modo consciente ou inconscientemente, direta ou indireta) foi decisiva para a ocorrência do delito. Em algumas circunstâncias, é possível alegar, portanto, que o criminoso também é um pouco vítima e vice-versa.

Nesse diapasão afirma o criminólogo argentino Elías Neuman (1984, p.22):

Vale dizer que a vítima pode constituir-se em fator desencadeante na etiologia do crime e assumir em certos casos e circunstâncias uma postura que integre o delito. É preciso visualizar deixando de lado o preconceito de sua inocência. O sujeito passivo: morto humilhado, física ou moralmente, não é sempre sinônimo de inocência, completa.

Permanecendo no contexto ora encetado, é de bom alvitre fazer referência à classificação que Benjamin Mendelsohn, tendo como critério a eventual provocação que ocorre nos delitos em geral, estabelece entre as vítimas para fins de dosagem de pena para o infrator. Para o mencionado autor as vítimas se dividem em três grupos.

No primeiro grupo enquadram-se as vítimas inocentes, as que não concorreram de modo algum para a ocorrência do fato típico, também intituladas de “vítimas ideais”. O segundo são as vítimas provocadoras, as que voluntária ou imprudentemente colaboram com a prática do crime, sendo subdivididas nas que possuem menos culpa que o criminoso, as que estão no mesmo grau de culpa que este (o que ocorre na prática conhecida por roleta russa, por exemplo) e as que são mais culpadas que o delinquente (vítima que estaciona o carro deixa sua porta aberta e com a chave na ignição). Por fim, o terceiro e último grupo estariam as vítimas agressoras, simuladoras ou imaginárias que, na verdade, são pseudovítimas, as únicas responsáveis pelo desencadeamento do crime, o que se verifica nos casos em que se autoriza a legítima defesa.

Atenta a esses hipotéticos acontecimentos, entre outros aspectos, é que a Vitimologia preocupa-se com a figura da vítima no evento criminoso, pois, de um lado, se sua integração frente ao cometimento de um crime aumenta, de outro lado, diminuirá a culpabilidade do delinquente. Razão pela qual o comportamento da vítima deve ser levado

em consideração na aplicação da pena; influenciando em sua dosagem ou, até mesmo, não a fazendo incidir.

1.2 Institutos e posicionamentos doutrinários influenciados pelo comportamento da vítima quanto à aplicação da pena.

Traspassados os comentários feitos no capítulo anterior, pode-se concluir que para maior concretização da exigência constitucional de individualização da pena (art. 5º, XLVI, *caput*, primeira parte) faz-se necessário que o comportamento da vítima seja apurado. O comportamento da vítima não é uniforme, admitindo diversas situações, variáveis quanto ao modo, intensidade etc. Assim, difícil, senão impossível, conceber uma verdadeira individualização da pena a ser cumprida por um criminoso sem uma análise efetiva da eventual integração delitiva da vítima.

Contudo, em nosso Poder Judiciário, ainda se mantém incipiente suas manifestações nessa toada, percebendo-se, porém, um razoável aconselhamento aos juízes criminais em face dos crimes contra a dignidade sexual.

Mas, mesmo assim, pelo menos em um plano do dever ser, não se pode alegar que o comportamento da vítima não cumpre papel essencial para a aplicação da pena. São encontrados, em nosso ordenamento jurídico, dispositivos e, na construção doutrinária, posicionamentos que andam nessa linha.

1.2.1 Comportamento da vítima inserido como circunstância judicial na fixação da pena-base.

Talvez o maior exemplo disso que acabou de ser dito ocorreu com o advento da Lei 7.209/84, pela qual foi alterado o art. 59 do Código Penal. Desde então, assim dispõe:

Art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao **comportamento da vítima**, estabelecerá conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime [...] (grifos nosso)

A introdução do “comportamento da vítima” como uma das circunstâncias judiciais, motivou-se, sem sombras de dúvidas, em fundamentos vitimológicos.

Para tanto, basta a leitura da justificação feita na Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do Código Penal:

Fez-se referência expressa ao comportamento da vítima, erigido, muitas vezes, em fator criminógeno, por constituir-se em provocação ou estímulo à conduta criminosa, como, em outras modalidades, o pouco recato da vítima nos crimes contra os costumes.

Dessa forma, sem medo de errar, é certo que o comportamento da vítima, em qualquer hipótese, deve ser avaliado pelo juiz. O art. 68 do CP determina que o cálculo da pena se dê em três fases; na primeira fase da dosimetria, na qual o juiz fixa a pena-base, é indispensável a análise de todas as circunstâncias judiciais estabelecidas no art. 59 do CP.

Por via indireta, não é demais alegar que a inclusão do comportamento da vítima acaba por influir também na análise da culpabilidade do agente (primeira circunstância judicial elencada no art. 59). Como já foi esclarecido, quanto maior o grau de integração da vítima com a realização do crime, menor a culpabilidade de seu autor.

Fato este que refletirá na aplicação da pena, consoante discorre Julio Fabrinni Mirabete e Renato N. Fabrinni (2006, p. 299-300) “um dolo mais intenso ou uma culpa mais grave são índices precisos de que a conduta é mais censurável.” Com certeza, por isso, merecedora de pena maior.

Por fim, o comportamento da vítima deve ser observado, entre outros requisitos, para a determinação do regime inicial do cumprimento de pena. O § 3º do art. 33 do CP, que regula sobre o tema, remete à análise do art. 59, e, conseqüentemente, ao comportamento da vítima.

1.2.2 Ato injusto da vítima como potencial causa de atenuação da pena.

O art. 65, III, c, parte final, do CP traz comando que explicita, mais uma vez, essa influência do comportamento da vítima na aplicação da pena. Foi elencado como atenuante genérica o fato de o agente ter cometido o crime sob influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima. Esse fator deverá ser avaliado na segunda fase da dosimetria, na qual se aumenta ou se diminui a pena sem extrapolar os limites de sua cominação.

Vale ressaltar que a provocação da vítima foi tratada em dispositivos específicos com outra natureza. No homicídio conhecido por privilegiado, por exemplo, a provocação dará ensejo à causa de diminuição específica da pena (art. 121, §1º, parte final do CP). Nos mesmos moldes, o art. 129, § 4º, parte final do CP disciplina a lesão

corporal. Já na injúria a provocação foi regulada como motivo de perdão judicial (art. 140, §1º, I e II do CP).

1.2.3 Agressão injusta da vítima a excluir ilicitude de fato típico.

Em outras situações o comportamento da vítima será tão reprovável que terá o condão de justificar um revide da outra parte. É nessas situações que caberá a legítima defesa que, inclusive, exclui a ilicitude de um fato típico (art. 23, II), descartando o caráter de crime deste, o que sempre implicará na ausência de pena. Nessas situações trata-se, no fundo, como já comentado, é de uma pseudovítima pertencente, na classificação de Benjamin Mendelsohn, ao grupo das vítimas agressoras.

A legítima defesa é disciplinada pelo art. 25 do CP nestes termos: “Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele, injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.” A partir desse tipo permissivo se extrai os elementos que tornam uma conduta lícita, embora agrida um bem jurídico alheio.

Dentre esses elementos, na abordagem do tema aqui tratado, destaca-se a injusta agressão da vítima (ou melhor, pseudovítima). Como já dito inúmeras vezes, o comportamento da vítima tem potencialidade para contribuir para eclosão do cometimento de um crime; contribuição que pode variar muito de caso a caso. Para a caracterização da legítima defesa essa integração é tão forte que é tida como a causadora do crime, a injusta agressão a que aduz o art. 25 do CP deve ser de tamanha intensidade que excetue a proibição da autotutela constante em nosso ordenamento jurídico. Cabe chamar a atenção de que a injusta agressão não precisa ser um fato típico, podendo ser praticado, inclusive, por inimputáveis.

Releva, então, para melhor entender os dois últimos institutos aqui tratados, diferenciar a injusta agressão, capaz de ensejar a exclusão da ilicitude de um fato típico, da provocação injusta, apta somente a atenuar a pena do agente, conforme já exposto. Sob o ponto de vista vitimológico, parece fácil concluir que a injusta agressão se verifica quando o comportamento da vítima foi o que efetivamente originou o fato típico (não possível falar em crime), enquanto a provocação injusta, apesar de contribuir para a atitude tomada pelo agente do crime, não for tão grave a ponto de se tornar justificativa para a comissão do fato típico; a culpabilidade do autor do delito apenas é amenizada.

Francisco Assis de Toledo, quanto a distinção entre a injusta agressão e a provocação injusta leciona (1984, p.77-78):

... não confundir, como se tem feito por vezes, 'provocação' não intencional com 'agressão'. Embora agressão possa ser uma provocação (um tapa, um empurrão) nem toda provocação constitui verdadeira agressão (pilhérias, desafios, insultos). Nesta última hipótese é que não se deve supervalorizar a provocação para permitir-se, a despeito dela, a legítima defesa quando o revide do provocado ultrapassar o mesmo nível e grau da primeira. Em outras palavras: uma provocação verbal pode ser razoavelmente repelida com expressões verbais, não com um tiro, uma facada ou coisa parecida. Se o provocado chega a estes extremos, não há como negar ao provocador a possibilidade de defesa, com as ressalvas inicialmente feitas.

1.2.4 Entendimentos doutrinários que enxergam em atitude da vítima circunstâncias que influem na pena.

Além dos dispositivos que constam expressamente em nosso ordenamento jurídico. Outros aspectos do comportamento da vítima, do ponto de vista doutrinário influenciam sobre a aplicação da pena.

É o que ocorre com o chamado consentimento do ofendido. Classificado pela doutrina, com algumas divergências, como causa supralegal que afasta a tipicidade ou exclui a ilicitude.

Sobre o assunto assevera Enrique Bacigalupo (1994, p. 132):

... qual é o âmbito em que deve operar o consentimento. Um setor da teoria distingue entre o consentimento que exclui a tipicidade e o que exclui a antijuricidade, estabelecendo diversos pressupostos para a eficácia de ambos. O consentimento excluiria a tipicidade quando o tipo descrevesse uma ação cujo caráter ilícito reside em atuar contra a vontade do sujeito passivo [...] pelo contrário, a antijuricidade quando o comportamento do autor importasse já uma lesão ao bem jurídico.

Para tanto é preciso verificar a ocorrência de alguns requisitos. Como diverge a doutrina acerca de todos seus requisitos, mencionarei apenas aqueles que indicam ser unânimes, quais sejam: a capacidade da vítima para dispor do bem jurídico a ser tolhido; a disponibilidade desse mesmo bem jurídico e que o consentimento seja anterior ou simultâneo à conduta do agente.

Nesse sentido, existem posicionamentos doutrinários de adeptos da teoria da imputação objetiva. Antes de focar, especificamente, como a vítima pode contribuir para o cometimento de um fato típico para essa teoria, exige-se que se tenha em mente sobre o que ele se reporta.

Simploriamente, a teoria da imputação objetiva busca reduzir o alcance da teoria da equivalência dos antecedentes causais, porém, sem negá-la totalmente. Para aquela teoria a relação de causalidade deve ser de natureza jurídica, normativa, e não, puramente material.

Rogério Greco assim explana (2008, p.237):

com o surgimento da teoria da imputação objetiva, a preocupação não é, à primeira vista, saber se o agente atuou efetivamente com dolo ou culpa no caso concreto. O problema se coloca antes dessa aferição, ou seja, se o resultado previsto na parte objetiva do tipo pode ou não ser imputado ao agente. O estudo da imputação objetiva, dentro do tipo legal complexo, acontece antes mesmo da análise dos seus elementos subjetivos (dolo e culpa)...

Para Günther Jakobs uma das instituições jurídico-penais pelas quais se desenvolve a teoria da imputação objetiva trata-se da competência ou da capacidade da vítima. Aqui se aponta duas situações merecedoras de destaque. Uma, o já comentado consentimento do ofendido, outra, as chamadas ações a próprio risco, na qual a consequência lesiva de uma conduta resulta de uma lesão da autoproteção ou da própria vontade da vítima. Assim, por exemplo, não haveria como atribuir a um instrutor o cometimento de um crime, por ter aquele que se propôs a praticar skate se lesionado; isto, pois, a “vítima” está previamente ciente do risco que corre.

Claus Roxin, outro defensor da teoria da imputação objetiva, destaca, ainda a heterocoloção em perigo. Uma pessoa coloca em risco outra pessoa, mas por conta de atitude atribuível a esta. Exemplifica o autor (p. 367-368):

1) Apesar da tempestade, o freguês quer que o condutor de um barco faça com ele a travessia do Rio Memel. O condutor desaconselha a que se proceda a travessia, apontando para os perigos nela envolvidos. O freguês insiste, o condutor acaba correndo o risco, o barco afunda e o freguês afoga-se; 2) O passageiro, que deseja chegar a tempo em um compromisso, ordena ao condutor que ultrapasse a velocidade máxima permitida. Em virtude da velocidade elevada, acontece um acidente, no qual o passageiro vem a falecer; 3) O dono de uma carro, já incapaz de dirigir por motivo de embriaguez, atendendo aos pedidos de um dos participantes da festa, permite que ele vá em seu carro. O passageiro morre em um acidente causado pela alcoolização do motorista.

Vale ressaltar que a teoria da imputação objetiva é muito resistida, pois outros segmentos teóricos solucionam de outro modo essas situações.

Atitudes da vítima que também ensejam reflexos na aplicação da pena é a renúncia da queixa e o perdão do ofendido nos crimes de ação privada, visto que extinguem a punibilidade.

Por fim, é de bom tom enfatizar que a contribuição da vítima na gênese dos crimes não se trata da participação ou da coautoria, conceitos reservados para os também agentes, nem admite a compensação de culpas, inaplicável no direito penal. O comportamento da vítima interfere na aplicação da pena porque, ao integrar o fato típico de alguma forma, diminui a culpabilidade do autor pela prática de algum delito que ela mesma sofreu; se essa integração se deu através de cometimento de um fato típico, ambos responderão por seus atos.

Conclusão

A Vitimologia, ao estudar, entre outros aspectos, a integração da vítima na prática do crime, acaba por fornecer subsídios para o Direito Penal, alguns destes refletindo na aplicação da pena. A vítima nem sempre é totalmente inocente perante o crime que sofre. Sendo assim, sua observância quanto à dosagem da pena é, inclusive, imprescindível para uma verdadeira individualização da pena. Por isso, embora ainda não receba do nosso Judiciário sua devida importância, percebemos que, mesmo que um pouco tímido, o nosso ordenamento jurídico já absorveu esse entendimento advindo da Vitimologia.

REFERÊNCIAS

BACIGALUPO, Enrique. *Manual de Derecho Penal*. Bogotá: Temis, 1994.

FERNANDES, Newton e FERNANDES, Valter. *Criminologia Integrada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*- 10ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

JAKOBS, Günther. *A Imputação objetiva no direito penal*. Trad. André Luis Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *A perspectiva da vitimologia*, in *Atualidades Jurídicas* 3. São Paulo: Saraiva, 2001.

MENDELSON, Benjamin. *Tipologias. Centro de Difusion de la Victimologia*. Disponível na internet: www.angelfire.com/ar/fmuraro/mendelson.htm, pesquisa realizada em 12.06.2011.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*, volume 1: parte geral, arts. 1º a 120-24ªed. São Paulo: Atlas, 2007.

NEUMAN, Elías. *Victimología, El rol de la víctima em los delitos convencionales y no convencionales*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1984.

ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*. Trad. e Introdução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Ilicitude penal e causas de sua exclusão*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.