



ESCOLA DE MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Vitimologia nos Crimes Sexuais

Irina Maria Ribeiro Dias

Rio de Janeiro
2011

IRINA MARIA RIBEIRO DIAS

Vitimologia nos Crimes Sexuais

Artigo científico apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação

Orientadores: Prof. Guilherme Sandoval
Professora Kátia Silva
Professora Mônica Areal
Prof. Néli Fetzner
Prof. Nelson Tavares
Prof. Rafael Iorio

Rio de Janeiro
2011

VITIMOLOGIA NOS CRIMES SEXUAIS

Irina Maria Ribeiro Dias

Graduada pela Universidade Federal de Juiz de Fora Pós –graduada pela Universidade Federal de Juiz de Fora-Ciências Penais .

Resumo:A tentativa de desconstrução do trinômio vítima/mulher/frágil encontrou, inicialmente, certa repulsa, tendo em vista que, numa sociedade patriarcal e moralista, a possibilidade de fazer recair sobre a mulher a “culpa” pelos crimes sexuais é, assumidamente, uma alternativa atraente.A Vitimologia, contudo, buscando entender a vítima e estudá-la nas mais diversas nuances, foge aos rótulos já impostos a essa figura, entendendo que, desta forma, seja possível vislumbrar casos em que o comportamento da vítima influencie de maneira determinante no cometimento de certo delito, bem como, casos outros em que esta se insira no fenômeno criminal de modo eventual, acidental.A esse respeito, importante ressaltar que, embora a busca seja desconstruir o trinômio referido alhures, é sabido que o estudo vitimológico não pode esquivar a atenção daqueles casos em que a vítima é inserida na situação delituosa, sem que tenha contribuído para tanto.

Palavras-chaves: Vitimologia. Mulher.Crimes Sexuais.

Sumário:1.Introdução.2.Desdobramentos acerca da participação da vítima sob a ótica penal.2.1.Teoria da Imputação objetiva:consentimento do ofendido e autocolocação em perigo.2.2 Princípio da Intervenção Mínima.Influência comportamental da vítima à luz do art 59 do CP.3. Vitimodogmática.4.Os crimes sexuais e suas vítimas.Conclusão.Referências.

INTRODUÇÃO

O Código Penal de 1940, em evidente consonância com o pensamento da época, confere tratamento moralista aos crimes sexuais. Não se nota preocupação dos legisladores com a proteção de crianças e adolescentes quanto ao abuso sexual doméstico, mas com a proteção da família contra os desabonadores da honra.

Não se pode afirmar que não houve, ou mesmo que hoje ainda não haja tentativas de aperfeiçoamento da legislação penal. No entanto, esta se mantém aquém das exigências da sociedade brasileira, mostrando-se inadequada ante a criminalidade contemporânea.

Este trabalho tem por escopo propor a reestruturação do sistema penal na parte relativa aos crimes sexuais tendo em vista o estudo do comportamento da vítima com o objetivo de instaurar um processo de efetivação da justiça penal.

As questões que orientarão nosso estudo cingem-se basicamente aos temas: a) Desdobramentos acerca da participação da vítima sob a ótica penal, Teoria da Imputação objetiva, Princípio da intervenção mínima, artigo 59 CP, b) Vitimodogmática, c) Os crimes sexuais e suas vítimas. A mulher como vítima acidental. A mulher como vítima provocadora

O que se pretende a partir deste ensaio é reconhecer a vítima como sujeito atuante no processo, despertando um olhar mais sensível dos operadores do direito que os permita utilizar o ordenamento repressivo na realização de um projeto socialmente construtivo.

2 DESDOBRAMENTOS ACERCA DA PARTICIPAÇÃO DA VÍTIMA SOB A ÓTICA PENAL

Importante analisar o suporte teórico e legal que o direito penal fornece como supedâneo para o adequado exame da participação da vítima no âmbito dos crimes sexuais. Passemos à análise pontual da Teoria da Imputação objetiva, do princípio da Intervenção Mínima e do artigo 59 do Código Penal nesse contexto.

2.1 TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA : CONSENTIMENTO DO OFENDIDO E AUTOCOLOCAÇÃO EM PERIGO

A teoria da imputação objetiva foi desenvolvida para superar as dificuldades encontradas na concepção final do injusto, que trazia certas discrepâncias entre os planos naturalístico e normativo ao impor uma concepção ôntica de conduta caracterizada por sua finalidade. Sob o ponto de vista teleológico a imputação objetiva depende da produção de um perigo não permitido pela finalidade protetiva da norma, o que significa incorporar uma orientação de natureza valorativa.

Quando o tipo penal exige como resultado uma mudança do mundo físico (crimes de resultado material), há que existir um vínculo causal entre a ação e o resultado. Determinado o nexó material de causalidade com base em uma categoria ontológica e jurídica, utilizando-se quase sempre a teoria da equivalência dos antecedentes causais, é preciso submeter o dado ontológico (relação causal material) a critérios valorativos, surgidos no ordenamento jurídico, visando a determinar se o referido nexó causal é relevante para o tipo penal.

O conteúdo valorativo é extraído da finalidade assinalada ao Direito Penal no âmbito da sociedade para só então, definir-se a imputação do resultado ao comportamento humano.

Assim, imputar, objetivamente, à uma conduta humana, que fisicamente a tenha causado, baseia-se em interpretações teleológico-normativas, derivadas do fim atribuído ao Direito Penal e às normas penais pela sociedade.

Houve, portanto, clara separação entre a causalidade e a imputação. A causalidade é categoria prévia à imputação e consiste em um dado ontológico, vinculando-se ao resultado no plano material. A imputação é categoria posterior à causalidade e consiste em um dado axiológico, existindo quando a conduta cria um risco juridicamente desaprovado que se concretiza na produção do resultado.

Destarte, a imputação objetiva fulcra-se no chamado princípio do risco, que é consequência da ponderação, própria de um Estado de direito, entre os bens jurídicos e os interesses de liberdades individuais, segundo a medida do princípio da proporcionalidade.

Pressupõe a imputação objetiva a realização de um perigo fora do âmbito do risco permitido, criado pelo autor dentro do alcance do tipo objetivo; serve para limitar a responsabilidade penal, constituindo-se em um mecanismo para determinar o comportamento proibido.

Ancorada em um sistema coerente de interpretação que se infere da função desempenhada pela sociedade, sua finalidade é analisar o sentido social de um comportamento, precisando se este se encontra ou não socialmente proibido e se tal proibição é relevante para o tipo penal.

Neste sentido, em várias hipóteses não haverá a valoração da conduta como juridicamente relevante para que o resultado a ela seja imputado, conforme critérios negativos da imputação objetiva.

Se o agente pensa atuar sob consentimento, quando este não ocorre caracteriza-se o erro de tipo, com as consequências previstas no art. 20 do Código Penal Brasileiro. Por outro lado, se o agente desconhece o consentimento existente, caracteriza-se a tentativa inidônea, ou seja, o crime impossível descrito no art. 17 do mesmo diploma legal.

Dentre os critérios negativos, um extremamente polêmico refere-se à não imputação de um resultado lesivo a uma causa a ele vinculada fisicamente, quando a conduta criadora do perigo juridicamente desaprovado configurou-se como uma participação em “auto-colocação em perigo”.

A aplicação da teoria da imputação objetiva, mais precisamente do critério negativo da imputação concernente à participação em uma auto-colocação em perigo é perfeitamente admissível, uma vez que vigora, em sentido geral, o princípio de que cada qual tem a maior

extensão possível de liberdade, como decorrência de sua condição de pessoa e como membro de uma comunidade democraticamente organizada, só lhe estando vedadas certas zonas de atuação, perfeitamente traçadas através da norma jurídica. Nessa consideração, é indiferente pensar-se no sujeito como entidade ou subsistema organizativo, como o faz Jakobs, para daí construir uma teoria das funções e sobre ela edificar a teoria da imputação objetiva.

A auto-responsabilidade, princípio pelo qual o resultado decorrente da ação livre e inteiramente responsável de alguém, só pode ser imputada àquele que o tenha anteriormente motivado. Como se trata de avaliação de liberdade pessoal, a imputação depende, porém, do resultado concreto em referência ao tipo de delito que se quer examinar, sendo incabível uma solução geral, porque a regra será sempre de permissibilidade e não de proibição”, consoante afirma Tavares¹.

Também não haverá imputação do resultado a uma conduta, quando alguém não se arrisca por si mesmo, senão que se faz pôr em perigo por outra pessoa, tendo consciência do risco existente. É a denominada heterocolocação em perigo consentida.

Contudo, a doutrina jurídica pátria capitaneada por Guaracy Moreira Filho não admite a compensação de culpas, ou seja, a culpa de um agente não pode ser ilidida pela culpa das vítimas. Segundo Tavares²,

embora a regra seja da plena auto-responsabilidade da vítima, a sua decisão auto-responsável, provocando e consentindo o perigo de lesão, só exclui, porém, a imputação se o resultado advier exclusivamente do risco por ela assumido e não de outras falhas do instigado. Isto porque, há de certo modo um processo causal anterior, produtor do perigo e que deve ser analisado em conjunto com os critérios de imputação.

O que se busca através da Imputação Objetiva, bem como da Vitimodogmática (assunto a ser tratado à frente), não é responsabilizar a vítima pela situação delituosa,

¹ TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 231

² *Ibidem*, p.234

tampouco conferir a ela proteção exacerbada. Ao revés, prima-se, através dos estudos da conduta da vítima, evidenciar a importância da mesma para a ciência criminal.

2.2 PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA OU *ULTIMO RATIO*

Este princípio, *a priori*, não guarda similitude com o tema que se trata, mormente os crimes sexuais, haja vista que os bens tutelados neste caso merecem grande destaque na ordem jurídica. Contudo, faz-se mister tecer alguns comentários, porque, como se verá adiante, esse princípio guarda ligação com alguns desdobramentos vitimológicos.

O princípio da intervenção mínima orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se construir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico.

O princípio da subsidiariedade no Direito Penal, ao revés da sua conotação original, cede lugar ao princípio da *prima ratio*, em que o Direito Penal se mostra como primeira opção eficaz na tutela dos bens jurídicos.

Este princípio, recorrente nos estudos da vitimologia, está intrinsecamente ligado ao “princípio vitimológico”, que, em síntese, se configura como máxima de interpretação teleológica dos tipos penais.

Assim, pesa a tese que a imposição da pena como *ultima ratio* do Estado não é apropriada para aqueles casos em que a vítima merece proteção (e não necessita de proteção), de modo a eliminar-se do âmbito do punível todas as formas de comportamento frente as quais a vítima pode proteger-se a si mesma de modo sensível e exigível.

É nítida a diferença ao tratar-se do princípio da intervenção mínima sob a ótica criminológica e penalista. Nessa, o princípio deve apenas ser trazido à baila quando outra tutela não se mostrar suficiente (em nítida aproximação com o princípio da subsidiariedade).

Ao revés, para a Vitimodogmática, o princípio da intervenção mínima deve ser entendido como obrigação do Estado em retirar-se por completo do âmbito conflitivo, convertendo-o em “assunto privado” de modo que o Estado não deva atrair pra si o dever de punir. Fica, assim, o *ius puniendi* estatal como sendo uma alternativa subsidiária à “punição particular”.

Na esfera jurídica brasileira, os delitos intitulados “contra os costumes” são ações de iniciativa privada, de modo que a escolha de tornar a conduta um crime recai sobre a vítima, atraindo pra si o Estado apenas a guarda subsidiária do bem tutelado. Nos casos, por exemplo, em que haja violência real o Poder Público pode intervir sem que haja anuência do ofendido.

2.3 INFLUÊNCIA COMPORTAMENTAL DA VÍTIMA À LUZ DO ART. 59 DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

O ordenamento jurídico pátrio abarca alguns dispositivos constitucionais e infraconstitucionais que fazem menção à figura da vítima, como no arts. 59, 61, II, c, in fine; 65, III, c, do Código Penal e art. 245 da Constituição da República. Contudo, o nosso foco dar-se-á sobre umas das principais inovações trazidas com a reforma do Código Penal, no ano de 1984: a preocupação que recaiu sobre a figura da vítima no Brasil, facilmente vislumbrado no texto do art. 59, *caput*.

Tal mudança ocorreu com o advento da Lei 7.209, de 11 de julho de 1984, que instituiu a da Nova Parte Geral do Código Penal, passando a vigorar, no Capítulo III – DA APLICAÇÃO DA PENA, o artigo 59, *caput* com a seguinte redação:

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 o comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

Encontra-se gravado, na Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do Código Penal, a justificativa para que se atribuisse tamanha preocupação com a vítima: “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” (grifo nosso).

Diante do que discorre o artigo 59, *caput*, então, passou a ser dever do magistrado na dosimetria da pena analisar o comportamento da vítima (antes e depois do delito) como circunstância judicial na individualização da pena imposta ao acusado.

É sabido que através da análise do artigo em tela que se faz o cálculo da pena base - diante disso, não há que se perquirir acerca da importância dessa mudança, uma vez que esta se mostra evidente; considera-se em seguida as circunstâncias atenuantes e agravantes (pena provisória); incorpora-se ao cálculo, e finalmente as causas de diminuição e aumento (pena definitiva).

Nesse sentido, Delmanto³ verbera:

O comportamento do ofendido deve ser apreciado de modo amplo no contexto da censurabilidade do autor do crime, não só diminuindo, mas também a aumentando, eventualmente. Não deve ser igual a censura que recai sobre quem rouba as fulgurantes jóias que uma senhora ostenta e a responsabilidade de quem subtrai donativos, por exemplo, do Exército da Salvação.

Fica claro que não há uma resposta uníssona para se chegar à melhor solução nestes casos: por um lado, se pretende que o comportamento da vítima decida sobre a intervenção penal, ora em Direito Penal material mediante a vitimodogmática, ora mediante faculdades de disposição processual mais amplas. Noutra monta, se desqualifica a presença desta mesma vítima no processo como princípio do fim do sistema penal, como reacionário.

³ DELMANTO, Celso. *Código Penal Comentado*. 5. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 104.

A visão penalista, no tocante à participação e influência da vítima, mostra-se tímida e carece de uma abordagem mais ampla e caminhos menos obsoletos, de modo a tornar mais concreta as teorias já existentes sobre o assunto. Não se busca, ao tratar do tema, uma punição à vítima, mas trazer à baila uma abordagem que tem permanecido adormecida, embora seja de notável importância jurídica.

3 VITIMODOGMÁTICA

A complexa discussão criada em torno da política-criminal, com reflexos tanto na criminologia quanto no Direito Penal, foi um dos precursores para a evolução em que se conferiu uma maior preocupação pela figura do lesionado.

A vitimodogmática se ocupa, principalmente, de determinar em que medida a “corresponsabilidade” da vítima no evento delituoso pode repercutir sobre a valorização jurídico-penal do comportamento do autor.

Hoje, ao se falar em vítima de um delito, não se pode pensar somente na situação de desamparo em que se encontram e rogar por modificações que lhes sejam favoráveis. É preciso, também, analisar em que medida a sua conduta contribuiu para a ocorrência do delito e até que ponto tal fato pode contribuir para a atenuação da pena do acusado.

Esteva⁴ registra que:

Los llamados principios victimodogmáticos que la moderna dogmática penal aborda teóricamente en los últimos veinticinco años no coinciden en origen, desarrollo y plasmación jurídico actual de la

⁴ ESTEVA, Margarida Bonet, Rio de Janeiro, Editora Renovar, 1999, p. 132.

víctima en la teoría del delito en sentido estricto (acción, típica, antijurídica y culpable).

Sabe-se que o Sistema Penal Clássico concebe o processo penal como um mecanismo para a imposição da sanção estatal, destinado a favorecer a obtenção de uma justiça penal objetiva em que os direitos do acusado estejam totalmente garantidos, subjugando a vítima a uma condição de mero objeto, neutro e passivo, sobre o qual recai o delito. Neste caso, nota-se que a intervenção jurídico-penal não só não dá satisfação aos autênticos interesses da vítima como também, em algumas ocasiões, supõe um dano adicional para essa, o que causa a chamada vitimização secundária, abordada brevemente no capítulo 2 deste trabalho.

Já no Direito Penal Moderno, o papel da vítima tem sido cada vez mais importante, tendo em vista as mudanças significativas, não apenas no tocante ao seu reconhecimento, mas também no que se refere às suas razões e afins.

Hoje é possível afirmar que a vítima nem sempre é um mero objeto sobre o qual recai o crime, mas que ao contrário, em diversas situações, o delito é o resultado de uma interação entre o autor e a própria vítima. Essa afirmação deve ser entendida com as devidas ressalvas, mas de maneira geral, é plausível afirmar que existem certas vítimas que contribuem para a produção da lesão do bem jurídico do qual são titulares, podendo ser vistas, em sentido amplo, como, ao menos parcialmente, co-responsáveis por tal lesão.

A reivindicação de uma maior atenção à vítima no sistema penal pode ter várias vertentes político-criminais, dependendo do ângulo que se adote. Pode-se dizer que no campo da vitimologia convergem valorizações contrapostas, que podem sintetizar-se em duas grandes direções: exigir responsabilidade à vítima por sua intervenção na conduta que gerou sua lesão ou apenas ressaltar a figura da vítima e seus interesses olvidados.

Imperioso salientar que uma das consequências dessa política-criminal (i) a intervenção do sistema penal como forma de propor medidas de auto-proteção da vítima, com o fito de evitar o fenômeno da “vitimização”. Contudo, poderia vislumbrar-se também, como

resposta ao sistema penal, (ii) a hipótese desta exclusiva atenção à pessoa da vítima produzir uma reação tal que incremente o âmbito de punição, como meio obter maior satisfação do dano causado. Há ainda uma terceira possibilidade (iii), que poderia ser denominada de “tendência de privatização”, em que a vítima – responsável é quem decide acerca da valoração do delito, bem como sobre a lesão que sofreu.

A questão central que permeia as discussões acerca da vitimodogmática está em determinar qual a medida de “co-responsabilidade” da vítima na ocorrência do delito e quais as repercussões no que toca à valoração jurídico-penal do comportamento do autor. Ou, em outras palavras, até que ponto o reconhecimento da existência de vítimas que contribuem para o fato delitivo pode conduzir à afirmação de que estas são co-responsáveis pelo mesmo?

Dois conceitos permeiam a celeuma doutrinária atual, devendo-se observar quando da aplicação da vitimodogmática, a necessidade de pena e o merecimento de proteção.

A vitimodogmática se concentra atualmente na investigação da contribuição da vítima na ocorrência do delito e da repercussão que tal contribuição deve ter na fixação da pena do autor, variando de uma total isenção a uma simples atenuação.

Admitida em Direito Civil, a compensação de culpas não é admitida pela doutrina tradicional de Direito Penal, ensinando-se que as culpas não se compensam em matéria criminal, devendo a culpabilidade de cada um dos autores do fato ser individualizada de forma autônoma. Se os dois concorrem culposamente para um resultado ilícito, ambos por ele respondem (art. 13 do Código Penal).

Silva Sanchez⁵ identifica duas posições básicas na doutrina alemã, na qual o tema é objeto de debate intenso. Esclarecendo que a doutrina e a jurisprudência alemãs sempre levaram em conta a atuação da vítima, especialmente nos delitos culposos (em que a

⁵ SILVA SANCHEZ, Jesús-Maria. La consideracion del comportamiento de la victima en la teoria juridica del delito. Revista Brasileira de Ciências Criminais. n. 34, v.9. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 175.

imprudência da vítima – omissão de medidas de autoproteção – gera o conceito de co-responsabilidade), revela que na década de 80 a discussão foi ampliada e atingiu o terreno dos delitos dolosos, dando lugar a duas posições antagônicas no seio da doutrina.

Uma posição mais moderada (ii), defendida por Hillenkam, Arzt, Gunther, Hassemer e Kratzsch, entende que o comportamento da vítima deve ser considerado no âmbito da fixação judicial da pena, mas tal consideração não pode extrapolar os limites da tipicidade a não ser mediante expressa previsão legal. Esta corrente tem se afigurado como dominante na doutrina e na jurisprudência alemãs. Entende-se que se deve atenuar a pena do autor quando a conduta delituosa tenha sido favorecida pela falta de controle da vítima sobre o sujeito ativo ou por ter incitado àquele a cometê-lo. Sendo assim, o comportamento da vítima deve ser considerado no âmbito de medição da pena, de forma a atenuar, possivelmente, a responsabilidade do autor.

O fundamento desta vertente doutrinária repousa no fato de que, em determinadas ocasiões, o comportamento provocador da vítima pode diminuir o conteúdo de antijuridicidade⁶ do fato praticado pelo autor ou a culpabilidade do mesmo. Porém, o traço distintivo com relação à posição mais radical está em que em nenhum caso se admite que se possa ultrapassar a mera atenuação, salvo se tal possibilidade estiver prevista expressamente na lei.

Com o fim de proporcionar ajuda ao juiz em sua missão de determinar a pena aos casos concretos, Hillenkamp, um dos defensores dessa corrente, elaborou um catálogo de situações atenuantes tomando como ponto de partida os casos contemplados por lei e operando por analogia.

Já a posição mais radical, representada por Schunemann (ii), defende que o enfoque vitimológico dos princípios gerais que regulam o *ius puniendi* do Estado pode conduzir, em

⁶ OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. A Vítima e o Direito Penal. São Paulo, RT, 1999, p. 132.

certos casos, não apenas a uma diminuição da sanção, mas a uma total isenção da responsabilidade do autor, pensamento que culmina na construção de um “princípio de auto-responsabilidade”. Esta concepção leva a um ponto extremo o princípio da subsidiariedade do Direito Penal e da sua utilização como *ultima ratio*.

Em suma, como visto acima, a posição dominante na doutrina penal restringe os efeitos do comportamento apenas à atenuação da responsabilidade penal do autor, sendo demonstrável tal visão moderada no enunciado jurídico pelo qual as culpas do autor e da vítima, no crime negligente, não se compensam, concorrem.

Essa noção tem sido bombardeada pelo posicionamento radical, minoritário, pelo qual é possível isentar o autor de responsabilidade penal em certos casos.

Javier de Vicente Remesal informa que esta tese radical tem sofrido abundantes críticas, mas amplamente respondidas por seus defensores. Ditas críticas têm sido feitas de forma muito minuciosa, sobretudo por Hillenkamp: fundamentalmente de caráter metodológico (restrições típicas *contra legem*, opostas ao princípio de segurança jurídica) e político-criminal (desconfiança em relação ao Direito e retorno à justiça privada).

Hillenkamp que tem capitaneado um ataque geral contra a vitimodogmática, negando a justificação de sua presença no âmbito da interpretação do tipo e querendo reduzi-la a um fator de determinação de pena, esgrime contra aquela, diferentes objeções, as quais poderiam concentrar-se em três fundamentalmente, destacadas por Schunemann, que, por sua vez, responde criticamente a cada uma delas.

Primeiro, tem-se que a decisão demasiado contundente do tudo ou nada no âmbito do tipo assinala ao autor “espaços de liberdade” à custa da vítima que nem através do princípio da subsidiariedade nem de outra forma poderiam justificar-se normativamente.

Segundo, a restrição do tipo efetuada dessa forma significa uma redução *contra legem* dos tipos penais, metodologicamente insustentável.

Por fim, em terceiro, as conseqüências político-criminais de uma concepção desta índole só poderiam coexistir em uma sociedade de tais características que não seria aceitável de nenhuma maneira e em absoluto desejada do ponto de vista jurídico-político.

Contra argumentando, Schunemann diz que “desde a perspectiva da tese radical se poderia defender tanto o método mediante o qual se leva à prática dita consideração como as conseqüências político-criminais da mesma. Frente às objeções metodológicas, observa que o método não é, no essencial, objetável, porque as restrições teleológicas que agrega a alguns tipos não implicam a atipicidade de fatos enquadrados no núcleo conceitual dos termos legais, ao contrário, afetam só o campo conceitual dos mesmos, zona esta cujo alcance é discutível desde perspectivas gramaticais. Assim mesmo, entende que as conseqüências político-criminais poderiam defender-se também porque a função de proteção dos indivíduos e pacificação social não é algo que somente corresponda ao Direito Penal, mas todo o ordenamento jurídico. Quer isto dizer que a não intervenção do Direito Penal em um caso concreto não implica necessariamente que a vítima reste privada de toda proteção jurídica; precisamente o normal é que a maioria dos conflitos sociais se regulem e se resolvam à margem do Direito Penal, de forma que o Direito Penal reste preservado para os fatos mais graves, nos quais sua intervenção possa qualificar-se de necessária e proporcionada”⁷.

Impossível tecer comentários acerca da consideração da vítima, a partir de uma perspectiva vitimodogmática, para a interpretação de tipos e restrição do seu alcance, sem recorrer à imputação objetiva, motivo pelo qual se fez mister a breve menção em capítulo anterior deste trabalho.

Como visto alhures, a figura jurídica da heterocolocação em perigo consentida é extremamente controvertida, necessitando, ainda, de investigações dogmáticas mais profundas para ser pacificamente aplicada.

Em que pesem as polêmicas, é de se reconhecer que os sistemas legislativos estão tendendo a aumentar o papel da vítima no âmbito do processo penal, reconhecendo a ela o direito a uma intervenção mais ativa e decisória, na busca de uma maior harmonia entre os direitos da vítima e do processado, buscando refazer a orientação clássica direcionada,

⁷ OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de, op. cit., p. 181

fundamentalmente, para o autor do fato, com a preocupação de propiciar ao mesmo um processo justo, protegendo-o de abusos injustificados e fazendo predominar os interesses públicos sobre os privados. Não que isso não seja importante, mas deve ser feito mediante busca de equilíbrio entre os direitos e interesses tanto do autor como da vítima.

4 OS CRIMES SEXUAIS E SUAS VÍTIMAS

Os crimes sexuais podem ser entendidos como todos aqueles que afrontam o livre arbítrio da pessoa humana no que tange ao exercício de sua liberdade sexual, ou seja, quando da possibilidade de dispor de seu corpo para a prática de atos sexuais no momento, forma e com quem determinar. Ocorre como forma de demonstração da ingerência masculina sobre a feminina e também como forma de legitimação do sistema patriarcal e prova da desigualdade⁸.

Como bem asseverado alhures, o Código Penal de 1940 mostrou-se grande defensor dos “costumes”, entendimento este consoante com a época. Contudo, nos dias atuais, a tutela a ser buscada neste diploma merece novos enfoques porque já não mais se preconiza os costumes ditados pela sociedade, em detrimento de escolhas pessoais, mormente a liberdade sexual [da mulher].

Nesse passo, alguns doutrinadores pátrios sugerem uma reforma que reflita esta nova visão a respeito da autodeterminação sexual, a saber, entendem justificável a inclusão destes delitos (os crimes sexuais) no título “Dos crimes contra a pessoa” e capítulo “Dos crimes contra a autodeterminação sexual”.

⁸ ALMEIDA, Gustavo Portela Barata de, in Mulheres, vítimas de crimes sexuais e do sistema patriarcal penal brasileiro. Disponível em <www.ibccrim.org.br>, acesso em 5 de junho de 2011. Acrescenta, ainda, neste tema que “crime sexual é uma forma de invasão da intimidade de outra pessoa, feita de forma extremamente grosseira, acompanhada da violação da integridade corporal e envolvendo um grau de vulnerabilidade da vítima, raramente encontrado em outros crimes”.

Interessante discussão que já foi suscitada acerca do tema [liberdade/autodeterminação sexual], concerne à obrigatoriedade da mulher casada em manter conjunção carnal com o cônjuge, como um dos deveres da relação marital. Embora mais condizente com o pensamento da década de 40, é de se destacar que esta discussão ainda ecoa nos tempos atuais.

Delmanto defende a relação sexual voluntária, não entendendo que haja qualquer permissivo legal que possibilite ao cônjuge obrigar o outro a manter relação consigo, utilizando-se de violência. Ao revés, Jesus verbera que a mulher não está sujeita aos caprichos do marido, podendo ofertar a recusa em relação ao ato sexual, desde que para isso haja “justa causa”, ou seja, a recusa não pode fundar-se em “motivos mesquinhos”.

4.1 A MULHER COMO VÍTIMA-ACIDENTAL NO FENÔMENO CRIMINÓGENO

Ao longo da história, a mulher recebeu inúmeras designações depreciativas, sendo que algumas delas, embora retrógradas, ainda permeiam pensamentos “machistas” ditadores do extinto pátrio poder. Nietzsche⁹, tratando das mulheres, declarou “las mujeres son infantiles, bobas y de cortos alcances... una especie de escalón intermedio entre el niño y el hombre, el cual es la persona humana propiamente dicha”. Nesta mesma linha, acrescenta Schopenhauer¹⁰: “la mujer... ese ser de cabellos largos, ideas cortas”.

Já neste século, a mulher, ainda vítima de preconceitos, é merecedora de especial proteção jurídica na esfera penal. Isto é um fato. Movimentos internacionais e nacionais de proteção aos direitos humanos não se cansam de denunciar os abusos diariamente cometidos contra a mulher, e costumam apontar a sua constante situação de vítima das mais variadas

¹⁰ *Idem, ibidem.*

modalidades de agressão, tais como a violência física, psicológica, sexual, patrimonial e moral.

O legislador pátrio assegurou constitucionalmente a igualdade entre homens e mulheres, como se infere do art. 5º, I, da Magna Carta. Contudo, esta igualdade jurídica ou formal nem sempre predomina na realidade dos lares de grande parte do povo brasileiro. Trata-se de uma constatação tão óbvia que o próprio diploma constitucional reza que o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações (art. 226, § 8º).

Com o fito de dar cumprimento a esse último mandamento constitucional, foi publicada a Lei nº 11.340, de 7.8.2006, também conhecida como Lei Maria da Penha, a qual cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher e dá outras providências.

Por força dessa lei, projeta-se a adoção de um programa de assistência à mulher em situação de violência doméstica e familiar, inspirado na aplicação de medidas preventivas integradas, as quais deverão ser operacionalizadas em parceria multidisciplinar composta pelo Poder Judiciário, Ministério Público e Defensoria Pública, contando-se ainda com o apoio das áreas de segurança pública, assistência social, saúde, educação, trabalho e habitação. As mudanças no atendimento a ser destinado à mulher-vítima são impostas pela lei para serem aplicadas desde o primeiro contato da vítima com a autoridade policial e prosseguem até o final do processo criminal.

Muitas medidas protetivas emergenciais estão previstas com o propósito de garantir a incolumidade física da ofendida, bem como assegurar o pleno exercício dos seus direitos e interesses legitimados. Portanto, sob este aspecto, pode-se afirmar que o diploma se notabiliza pela quantidade de princípios e objetivos que o compõem, os quais podem ser considerados

positivos na medida em que claramente ditados para reger a matéria com ações preventivas tendentes à erradicação da violência contra a mulher.

Mas, é preciso reconhecer que a edição da lei, por si só, não afasta o grave problema estrutural que vem comprometendo a eficiência produtiva dos órgãos que atuam na Justiça. Como o legislador impõe uma série de encargos estruturais ao poder público, a devida aplicação desta lei dependerá do comprometimento da própria União e dos governos estaduais na implementação de políticas públicas sérias e eficazes, principalmente no tocante à criação ou adaptação de centros de apoios e de programas de execução nas áreas de segurança pública, assistência social, saúde, educação, trabalho e habitação.

Por sua notável amplitude, este diploma legal merece ser aplicado em todos os delitos sexuais, envolvendo não só as mulheres, mas também os homens vítimas deste tipo de agressão. O Código Penal, imbuído de moralismo e precariedade neste assunto, deveria abarcar a aplicação subsidiária da lei Maria da Penha, para que, em sendo criados Juizados Especiais para esta matéria, diminuam o constrangimento a que são expostas as vítimas.

Uma questão que merece ser trazida à baila é se seria razoável a obrigatoriedade do exame pericial naqueles casos em que é nítida a transgressão mental a que foi submetida a vítima. Estudos atuais, neste sentido, vêm demonstrando que as vítimas de crimes sexuais passam por alteração psíquica tal, comum a todas as vítimas, sendo possível diagnosticá-lo através de exame psicológico.

Em certos casos, as vítimas não recorrem à justiça, em outros, chegam a recorrer, mas por vergonha ou desconhecimento não podem ser submetidas ao exame para coleta de provas, inviabilizando o sucesso da investigação.

Assim, como meio de proporcionar o acesso das vítimas à justiça, dever-se-ia priorizar o atendimento e a minoração dos danos, em detrimento da busca obstinada pelo delincente. A prioridade deve recair sobre a prevenção de novas agressões, naqueles casos em que haja

perigo de repetição (por exemplo, de violência sexual doméstica); ajuda na decisão de denunciar ou não o agressor, e em caso positivo, acompanhamento durante todo o trâmite processual, de modo que se evite a perda de provas e que a vítima tenha que fazer as mesmas declarações reiteradas vezes; consultas médicas periódicas e gratuitas, para que seja possível o diagnóstico de doenças infecto-contagiosas; amplo apoio psicológico.

É sabido que as consequências da agressão podem surgir ao longo dos anos, podendo se mostrar na forma de: apatia, depressão, irritabilidade, agressividade, ansiedade, insônia, pesadelos, diminuição de interesse em atividades significativas, estado de hiper-alerta, transtornos sexuais e problemas de memória e concentração.

Posto isso, faz mister que o Estado esteja preparado para atender estas vítimas, da maneira apropriada.

4.2 A MULHER COMO VÍTIMA- PROVOCADORA

As agressões sofridas pela mulher como consequência de condicionantes sócio-culturais que atuam sobre o gênero feminino e masculino, colocam a mulher em papel subjugado em relação ao homem. A mulher brasileira deste século deveria ser livre para escolher suas roupas, seus parceiros e para autodeterminar-se conforme seus preceitos. Contudo, sabe-se que ainda é preciso respeitar certas regras da sociedade. O termo “honesta” pode ter sido subtraído de nosso diploma penal, mas certamente não o foi [extraído] do pensamento de muitos.

É tarefa assaz complicada tocar no assunto “provocação” nos crimes sexuais sem remeter-se, a uma primeira vista, àquele pensamento quarentista do Código Penal. Conceitos como moral, pudor, decência e recato ainda permeiam o pensamento deste século, o que leva

muitos a entenderem que o simples trajar vestimentas que não sejam consentâneas com os ditames moralistas da sociedade se enquadre em “justa provocação” da vítima.

É difícil, ao mesmo tempo, encontrar exemplos em que a vítima induza o agente ao cometimento de um delito sexual. É tarefa árdua a tentativa de ilustrar este ponto, tanto na doutrina, como na jurisprudência.

Há que se ressaltar que a provocação pode se dar de maneira consciente ou inconsciente, revestida como o induzimento ou a facilitação. Apenas como efeito ilustrativo pode-se imaginar o exemplo de uma “moça” que, por vingança ou mesmo desejo, incite um homem a cometer com ela conjunção carnal, mas antes do coito vaginal ela se arrepende e não deseja mais o ato, contudo, a agente continua sua investida até atingir a penetração. Deveria, nesse caso, a conduta da vítima influenciar no cálculo da pena-base do delinquente?

Neste tocante, é mister recorrer ao art. 59, *caput* do Código Penal, uma vez que este dispõe de maneira distinta acerca da “culpabilidade do agente” e o “comportamento da vítima”.

Assim, centra-se na questão que merece relevo, a conduta provocadora da vítima, quando auferida (seja por exames psíquicos, seja através de depoimentos), implicando diretamente na formação do entendimento de juízo, não apenas em algumas exceções, mas estando presente na totalidade dos casos, de forma que seja tão importante quanto a análise dos outros critérios atrelados ao delinquente.

Por outro lado, é tênue a linha que separa esta análise criteriosa do comportamento da vítima da imputação a esta da “culpa” pelo acontecimento do delito. O que se busca é, como alhures já mencionado, derrubar qualquer tipo de pré-etiquetamento que possa existir em relação aos delitos sexuais.

4.2.1 NEUTRALIZAÇÃO

A neutralização se perfaz na tentativa do agente em justificar sua conduta delitiva, sendo usual nesses casos utilizar-se de “desculpas” vazias, ou seja, as justificativas usadas não guardam substrato suficiente para serem consideradas plausíveis, ou atenuantes da culpa.

Em indissociável ligação com os crimes sexuais, pode-se elucidar esse fenômeno por um exemplo que é de uso recorrente neste assunto: o delinqüente-estuprador que considera sua conduta justificável porque a vítima estava trajando roupas “provocantes”.

Seria a tentativa do agente em justificar o “penalmente” injustificável, haja vista que aceitar que o uso de roupas decotadas, curtas, justas possa ser escusa para que o delinqüente fira a integridade física de outrem, sem a anuência desta, seria situar-se em um grande retrocesso das lutas femininas travadas nas últimas décadas.

CONCLUSÃO

No atual sistema de Justiça Criminal adotado pelo Brasil, nota-se, sem muito esforço, que a vítima foi esquecida; seu âmbito de expectativas é muito escasso; primando-se pela imposição do “castigo”, quase que exclusivamente.

O foco central dos defensores dos direitos humanos, até pouco tempo atrás, era protestar, de forma veemente, contra as condições dos presos, em suas respectivas celas de penitenciária, cadeias públicas ou distritos policiais, na maioria das vezes com inegável razão. A figura da vítima não despertava maiores interesses.

Inúmeros são os delitos em que as vítimas, ou por medo ou por ignorância, não denunciam, passando-os à categoria de “cifra negra”. Merecem destaque os delitos sexuais, uma vez que a vítima ao ser colocada em situação constrangedora, é submetida à vitimização

secundária (o apontamento do delinqüente, bem como o exame pericial), como sendo aquela ocorrida após a violência sexual, propriamente dita.

Urge uma reflexão imediata do aparelho estatal quanto ao tratamento prestado à vítima nas delegacias de polícia, secretarias criminais e nas promotorias de justiça. Vítima não é testemunha e não deve continuar a ser tratada como objeto de direito, e sim, como sujeito de direito.

Há uma grande diferença entre o anseio da vítima, vinculada a um só caso, para ela especial e significativo, e o interesse da autoridade policial, que tem naquele fato um a mais na sua rotina diária, marcada muitas vezes por outros de maior gravidade. Além disso, as deficiências burocráticas contribuem ainda mais para a decepção das vítimas de crimes. É do conhecimento de todos que não há funcionários suficientes e preparados, nem veículos disponíveis para que sejam cumpridas as diligências de forma rápida, e tudo isso ocasiona demora e perda de tempo.

Necessário se faz articular um modelo de Justiça Penal, para que se possam ser alcançados os anseios contemporâneos da sociedade. A análise dual do fenômeno vitimal permite que a vítima receba tratamento adequado, enquanto pólo fragilizado da relação delinqüente-vítima, de modo que se busque punir adequadamente o agente, ao mesmo tempo em que se preconize a prevenção de novos delitos. No que tange à vítima-provocadora mister atentar-se para a devida aplicação dos preceitos penalistas, mormente o art. 59, do CP, de forma que sejam observados a culpabilidade do agente, bem a conduta da vítima, deixando claro que tratam-se de figuras distintas. Em síntese, os estudos vitimológicos, associados aos preceitos penais, não que focar-se na compreensão total do problema da vítima no sistema penal, como meio de obter-se a resposta adequada a anos esperada.

REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal*. 3. ed. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BITENCOURT, César Roberto. *Manual de Direito Penal: parte geral*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

CALHAU, Lélío Braga. *Vítima e Direito Penal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

_____. *Vítima, direito penal e cidadania*. Boletim do ICP – Instituto de Ciências Penais de Minas Gerais. Belo horizonte: ICP, n. 3, maio/2000.

_____. *Vítima, justiça criminal e cidadania – O tratamento da vítima como fundamento para uma efetiva cidadania*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 31, 2000.

CANCIO MELIÁ, Manuel. *Reflexiones sobre la “victimodogmatica” en la teoria del delito*. Revista de Brasileira Ciências Criminais. Ano 7, n. 25. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, BRYANT. *Acesso à Justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2003.

DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

FERNANDES, Antônio Scarance. *O papel da vítima no processo penal*. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. *O consenso na justiça penal*. Boletim IBCCRIM. São Paulo. V.7. n.83 (esp), p.14-15. Outubro, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*. Madri: Trotta, 1997.

FRANCO, Alberto Silva et al. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial – Parte Geral*. v. 1. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GARCÍA-PABLOS MOLINA, Antônio; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia: Introdução a seus fundamentos teóricos*. 2 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GUSTIN, Miracy B. S., DIAS, Maria Tereza F. *Repensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. *Das penas perdidas: o sistema penal em questão*. Trad. Maria Lúcia Karam. 2. ed., Rio de Janeiro: Luam, 1997.

JARDIM, Afrânio Silva. *Em torno do “devido processo legal”*. In: Direito processual penal. 7. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999.

LOPES Jr., Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005.

MOREIRA FILHO, Guaracy. *Vitimologia: o papel da vítima na gênese do delito*. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1999

OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. *A vítima e o direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

OLIVEIRA, Edmundo. *Vitimologia e direito penal: O crime precipitado pela vítima*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. *Imputação Objetiva*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *La consideracion del comportamiento de la victima en la teoria juridica del delito*. Revista de Brasileira Ciências Criminais. n. 34, v. 9. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.